



HAL
open science

Les Modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur

Albert Salgueiro

► **To cite this version:**

Albert Salgueiro. Les Modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2004. Français. NNT : 2004CLF10274 . tel-00661734

HAL Id: tel-00661734

<https://theses.hal.science/tel-00661734>

Submitted on 20 Jan 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE CLERMONT I – UNIVERSITE D’AUVERGNE
U.F.R. DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE
THESE pour obtenir le grade de DOCTEUR EN DROIT DE L’UNIVERSITE CLERMONT I
Discipline : droit privé
Albert SALGUEIRO
le 13 septembre 2004

Les modes d’évaluation de la dignité de crédit d’un emprunteur

Directeur de thèse : M. Jean STOUFFLET,
Doyen honoraire, Professeur émérite, Université d’Auvergne – CLERMONT I

M. Philippe BONFILS, Professeur agrégé des Facultés de droit, Université d’Auvergne – Clermont I
M. Dominique LEGAIS, Professeur agrégé des Facultés de droit, Université de Paris V – René
Descartes **M. Pierre LECLERCQ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation **M. Nicolas MATHEY**,
Professeur agrégé des Facultés de droit, Université d’Auvergne – Clermont I **M. André PRÜM**,
Professeur agrégé des Facultés de droit, Université de Nancy II

Table des matières

INTRODUCTION .	1
1. Terminologie. .	1
2. Nécessité de circonscrire le risque de crédit. .	2
2.1 Nécessité de circonscrire le risque au regard de la protection des intérêts du banquier. .	3
2.2 Nécessité de circonscrire le risque au regard du rôle des banques dans l'économie. . .	4
2.3. Nécessité de circonscrire le risque au regard du risque judiciaire. . .	8
3. Les instruments d'analyse du risque. .	10
4. Les techniques d'évaluation de la dignité de crédit et la supervision bancaire. .	18
5. Les limites des méthodes modernes de l'évaluation de la dignité de crédit. .	19
5.1 Les limites d'ordre technique . .	19
5.2. Les limites d'ordre juridique. .	22
6. Démarche. . .	26
PARTIE 1 SOURCES ET TRAITEMENT DE L'INFORMATION. .	27
TITRE 1 LES SOURCES DE L'INFORMATION. .	28
.	30
CHAPITRE 1 LES SOURCES OFFICIELLES DE L'INFORMATION. . .	30
CHAPITRE 2 LES SOURCES PRIVEES DE L'INFORMATION. . .	80
TITRE 2 LE TRAITEMENT DE L'INFORMATION. .	184
.	184
CHAPITRE 1 TRAITEMENT DE L'INFORMATION PAR L'ANALYSE TRADITIONNELLE. . .	184
CHAPITRE 2 TRAITEMENT DE L'INFORMATION PAR LA TECHNIQUE DU SCORING. . .	215
PARTIE 2 LES CONSEQUENCES JURIDIQUES NEES DE L'USAGE DE L'INFORMATION. .	283
TITRE 1 LES CONSEQUENCES JURIDIQUES NEES DU MODE D'ELABORATION DE L'INFORMATION. . .	284
CHAPITRE 1 L'EMERGENCE D'UN CONFLIT D'INTERETS . .	285

	419
CHAPITRE 2 LES MODES DE CONCILIATION DES INTERÊTS EN PRESENCE.	419
TITRE 2 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES NEES DU MODE D'UTILISATION DE L'INFORMATION. . .	467
CHAPITRE 1 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES SUR LA FORMATION DU CONTRAT .	468
CHAPITRE 2 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES NEES DE LA PLACE DE L'INFORMATION DANS LA DECISION BANCAIRE. .	530
Conclusion générale .	627
BIBLIOGRAPHIE . .	637
I. OUVRAGES, MONOGRAPHIES et THESES. . .	637
Répertoire Dalloz. .	643
III. Doctrine. . .	643
IV. notes de jurisprudence par auteur. . .	661
NOTES DE Jurisprudence par date ET JURIDICTION. .	665
Jurisprudence de la Cour de cassation. .	665
Jurisprudence des Cours d'appel. .	668
Jurisprudence du Conseil d'Etat. . .	669
Jurisprudence de la Cour de justice des communauté européennes. . .	670
Jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. .	670
Chambre de recours technique de l'office européen des brevets. .	670
Jurisprudence des tribunaux. . .	670
INDEX . .	673
A .	673
B .	674
C .	675
D .	681
E .	685
F .	685
G .	687

H .	687
I ..	688
K .	689
L .	689
M ..	691
N .	692
O .	692
P .	693
Q .	694
R .	694
S .	696
T .	700
U .	701
V .	702
WXYZ ..	702

INTRODUCTION

1. « Crédit, mot clé, mot magique de la société contemporaine, considéré à tort ou à raison comme un élément moteur de l'économie de marché, a comme toute médaille son revers : le risque d'insolvabilité du débiteur »¹. C'est à ce risque que le banquier doit, quotidiennement, faire face. Pour le banquier évaluer la dignité de crédit d'une personne est donc une nécessité. Pour lui, en effet, il s'agit avant tout d'éviter de contracter avec un emprunteur qui n'assumera pas ses obligations de remboursement, soit par défiance, soit par incapacité pécuniaire ou, autrement dit, avec une personne indigne de crédit. A ce stade, la première question qui se pose est alors de savoir ce que l'on entend par, « dignité de crédit ».

1. Terminologie.

2. La notion de dignité de crédit. Cette notion d'origine allemande², *kredit würdigkeit*, pour les germanophones, désigne tout simplement la confiance qui peut être accordée à un individu emprunteur ou demandeur de crédit. Etre digne de crédit, c'est donc être

¹ Yvette MERCHERS, Rapport général sur les garanties de financement, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLVII, 1996, LGDJ, page 505.

² Voir Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, « Droit bancaire », précis Dalloz, édition, 1995, page 455.

digne de confiance. Cependant, le risque ici serait de prendre le terme « dignité » dans un sens restrictif, c'est-à-dire comme désignant l'attribut de moralité, d'honnêteté, de probité... En effet, par raisonnement *a contrario* la notion ne doit pas être confondue avec l'indignité de crédit dont certains parlaient pour désigner le commerçant, « dont la malhonnêteté est avérée ou l'activité entachée d'une très grave irrégularité »³. Cette indignité-là, n'est donc à considérer que comme l'un des éléments d'une notion embrassant un domaine beaucoup plus large. Un auteur a pu souligner les difficultés à mesurer « lors de l'ouverture d'un crédit la dignité de crédit d'une personne ou d'une entreprise, faite à la fois d'éléments objectifs qui ne sont pas toujours exactement connus (solvabilité, liquidité, rentabilité) d'éléments personnels difficilement saisissables (probité, aptitude à la direction des entreprises) et de données économiques changeantes (conditions économiques générales, niveau de l'activité dans une branche ou une région) »⁴. C'est donc de cette façon qu'il faut entendre la notion de dignité le crédit, faite à la fois d'éléments objectifs mesurables, d'éléments subjectifs difficiles à appréhender, et même d'éléments extérieurs à la personne qui résultent du contexte économique et dans lequel évolue cette dernière⁵.

2. Nécessité de circonscrire le risque de crédit.

3. Modes d'évaluation. La seconde question qui vient alors immédiatement à l'esprit est de savoir comment évaluer cette dignité de crédit ? Or, s'interroger sur le problème de l'évaluation de cette dignité, c'est directement poser la question des modes d'évaluation susceptibles d'appréhender, de saisir cette dignité de crédit. Finalement, de quelles ressources dispose le banquier pour évaluer les composantes de la dignité de crédit ? Si tant est qu'elles soient mesurables avec un maximum de rationalité et d'objectivité. Car, percer le mystère de la dignité de crédit d'une personne, entreprise ou simple particulier, n'est pas chose aisée. Paul Valéry n'a-t-il d'ailleurs pas dit que, « Le crédit est la chose la plus subtile qui soit » ? Ces difficultés à apprécier cette dignité ne sont pas étrangères aux caractéristiques propres liées à cette notion de crédit.

4. Crédit et facteur temps. C'est qu'en effet, le crédit fait intervenir un facteur temps, un décalage entre l'octroi de l'argent et son remboursement définitif. Or, ce décalage est

³ Jean STOUFFLET, « L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? », JCP (G), 1965, I, étude n° 1882, spécialement n° 16 et suivants. Voir aussi pour cette facette de la dignité de crédit, Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité, n° 653, page 603 ; Guy-Auguste LKILLIMBA, « Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté », Litec, 1997, n° 47.

⁴ Jean STOUFFLET, observations sous Cour d'appel d'Orléans, 26 octobre 1971, JCP (G), 1972, II, étude n° 17082.

⁵ Voir aussi dans ce sens, Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité, n° 455 et 456. Cependant, selon ces auteurs, les circonstances économiques ne peuvent engendrer la rupture du contrat de crédit. Seule une attitude fautive de l'emprunteur remettant en cause la dignité initiale peut être source de rupture, telle qu'une moralité entachée par l'accomplissement d'actes remettant en cause les qualités objectives de l'entreprise.

source de toutes les difficultés pour les établissements de crédit. Car durant ce laps de temps, plus ou moins long selon le crédit distribué, nombre d'événements peuvent se produire sans qu'il soit possible de les anticiper ou de les prédire, mais qui ne manqueront pas de venir fausser l'analyse de départ. Or, cette incapacité à prédire tous les événements, fait que le banquier s'expose à des risques, en l'hypothèse le risque de ne pas être remboursé à l'échéance : c'est le risque d'insolvabilité du débiteur. Ce risque est consubstantiel à l'activité de crédit. Le banquier s'expose toujours à cet aléa. En effet, « De notre monde le Créateur a exclu la certitude. Rien n'est jamais certain. Nous sommes toujours passibles d'ignorance »⁶. Tout l'art et la difficulté du métier de banquier seront donc de réduire au maximum cet aléa, ce risque ou cette incertitude. Il devra alors circonscrire le risque, le délimiter, pour prendre sa décision.

5. Confiance et crédit. En effet, la confiance même si elle est essentielle au crédit⁷, ne peut et ne doit pas se confondre avec la crédulité. Le banquier ne peut attendre que Dame Chance veuille bien lui sourire et lui offrir la victoire⁸. Mais, au contraire, il doit fonder sa décision sur un minimum d'éléments aptes à préjuger de l'avenir. Plusieurs raisons militent dans ce sens. Les unes tenant à la nécessité de protéger les intérêts purement internes de l'établissement de crédit, les autres tenant, quant à elles, au rôle joué par le crédit dans l'économie.

2.1 Nécessité de circonscrire le risque au regard de la protection des intérêts du banquier.

6. Crédit et protection des intérêts économiques de l'établissement de crédit. En effet, avant toute chose, il faut rappeler que l'activité de distribution du crédit est une activité commerciale. Le corollaire d'un tel trait caractéristique est la réalisation de bénéfices et ce, afin d'assurer la survie économique de celui qui dispense du crédit. Il est alors certain que le banquier ne peut s'engager à la légère, c'est-à-dire sans prendre soin de procéder à l'analyse de la dignité des demandeurs de crédit. Ainsi, en procédant à cette analyse le banquier pourra prendre sa décision en connaissance de tous les avantages et inconvénients d'une décision d'accord ou même de refus du crédit au regard des règles de gestion purement internes. En effet, du degré d'analyse, du degré de diligence qui sera accompli l'opération trouvera ou pas une sortie. C'est-à-dire que le prêt sera remboursé en cas de bonne analyse ou ne sera pas remboursé en cas de mauvaise analyse. Or, il est certain que dans cette dernière hypothèse le souci de rentabilité ne sera pas satisfait. Et, s'il est du métier de banquier que de faire des emprunts et donc de prendre des risques, il n'est pas de son métier d'essuyer des pertes systématiques ou, du

⁶ Peter L. BERNSTEIN, « Plus forts que les dieux : la remarquable histoire du risque », Flammarion, 1998, page 195.

⁷ Etymologiquement, faire crédit (du latin *credere*), c'est toujours faire confiance, fonder un comportement sur une certaine représentation de l'avenir, encyclopédie Universalis, 1996, page 742.

⁸ « Quand le développement d'un pays est suspendu aux produits de casino, cela promet ... », KEYNES, « The general theory of employment, Interest and money », Harcourt Brace, 1936, page 159.

moins, trop nombreuses. Le banquier, pour assurer sa survie, doit comme dans toute autre activité commerciale réaliser des bénéfices. C'est là l'évidence. Cependant, si le banquier exerce une activité commerciale, il faut reconnaître qu'il manipule une marchandise différente des autres : l'argent, et qu'à ce titre d'autres intérêts justifiant l'analyse de la dignité de crédit doivent être pris en considération par le banquier.

2.2 Nécessité de circonscrire le risque au regard du rôle des banques dans l'économie.

7. Le rôle du crédit dans l'économie. Il est indéniable qu'aujourd'hui le crédit joue un rôle moteur dans le développement économique. Ainsi, de l'opinion du Professeur Jean-Pierre DESCHANEL, « Nul doute que le banquier n'exerce une profession irréductible aux autres : prêteur professionnel, il crée et véhicule une valeur qui n'a pas d'équivalent : le crédit qui est le moyen et la condition de l'activité économique »⁹. Le Professeur Jean STOUFFLET avait déjà, quelque temps auparavant, souligné l'importance du crédit pour l'économie en ces termes, « Il demeure que la banque crée et véhicule une valeur qui n'est pas une marchandise comme les autres : la monnaie. C'est le sang de l'économie »¹⁰. Relayant cette dernière image, un auteur¹¹ a pu dire, « Dans notre société contemporaine sans argent, il n'est pas possible de développer une quelconque activité. Cette assertion se vérifie aussi bien pour les particuliers lorsqu'ils souhaitent acquérir leurs logements que pour les entreprises qui décident d'investir pour améliorer leurs performances. La réalisation de ces projets nécessitera généralement l'intervention des banques qui prêteront l'argent nécessaire à cette fin ». En effet, le crédit permet les échéances, stimule la production, améliore le développement et crée de la monnaie.

8. Le crédit permet les échanges¹², car il autorise une anticipation des recettes et donne par avance un pouvoir d'achat aux entreprises. Ainsi, en permettant l'anticipation des revenus procurés par l'activité de l'entreprise, il offre la continuité dans le processus de production et de commercialisation. En effet, la mise en oeuvre d'une capacité de production nécessite des capitaux très importants et qui ne peuvent pas toujours être assurés par l'autofinancement. Cela se vérifie surtout pour les activités nouvelles. Pour ces dernières le rôle du crédit est donc fondamental, voire nécessaire à leur naissance. Sur ce plan le crédit joue donc un rôle de tout premier ordre en stimulant l'activité économique et la création de richesses.

⁹ « L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit », Revue Banque, 1977, n° 365, page 972.

¹⁰ « Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », rapport aux journées de droit bancaire de l'Université de Paris I, 10 et 11 février 1977, in ouvrage « Responsabilité professionnelle du banquier, contribution à la protection des clients de la banque », Economica, 1978, page 21, n° 4.

¹¹ Thierry BONNEAU, « Droit bancaire », Monchrétien, 2ème édition, 1996, n° 1.

¹² Voir Guy CAUDAMINE et Jean MONTIER « Banque et marchés financier », Economica, 1998, page 142 ; Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité, n° 390.

9. Le crédit stimule la production¹³, car il offre au chef d'entreprise les moyens d'assurer le fonctionnement de son entreprise, d'investir dans des moyens de production modernes et adaptés, et ainsi maintenir son niveau de compétitivité. Cette stimulation de la production provient également du fait que pour rembourser ses crédits l'entreprise sera dans l'obligation de produire plus et/ou mieux. De plus, en dispensant leur crédit à des particuliers consommateurs, il leur permet de satisfaire à leurs besoins et donc joue un rôle de stimulateur dans les achats, et par voie de prolongement cet effet rejaillit sur l'effort de production. Le crédit distribué aux particuliers contribue donc, lui aussi, à soutenir l'activité économique d'un secteur, d'un pays. A ces différentes fonctions du crédit s'en ajoute une autre, et non des moindres, la création de monnaie¹⁴.

10. Le crédit créateur de monnaie. En distribuant du crédit, les banques créent des flux monétaires qui ne pourraient exister sans l'intervention de ces dernières. En effet, en distribuant à certains ce qu'elles ont reçu en dépôt par d'autres, elles permettent des flux financiers sans pour autant priver les déposants des sommes inscrites sur les comptes bancaires. A ce titre, au lieu d'être dispersés et de rester infructueux, les capitaux déposés en banque sont, grâce à la monnaie scripturale, mis à la disposition des moyens productifs de la collectivité¹⁵. Au regard de ces éléments, il ne peut être nié le rôle bénéfique du crédit pour l'économie tout entière. Ce rôle fait que ceux qui ont le monopole de le distribuer occupent une place de premier choix dans le développement d'un pays. La distribution du crédit a donc une fonction qui dépasse la simple réalisation d'une activité commerciale, celle des établissements de crédit, mais concourt à la poursuite de l'intérêt général. Cependant, si le crédit est nécessaire au soutien de l'activité économique d'un pays, il n'empêche que le banquier véhicule une marchandise pas comme les autres : l'argent.

11. Dangers du crédit. Or, s'il est distribué à des personnes qui ne peuvent en assumer la charge, il devient un produit dangereux. En effet, dans cette hypothèse le crédit n'aura fait que gaspiller les fonds reçus par ailleurs du public, il aura augmenté artificiellement le passif de l'emprunteur et accru le nombre de ses créanciers¹⁶. Car, pour les créanciers, qui ont conscience que la banque détient une position centrale dans le développement de l'activité économique, la décision de la banque apparaît comme un véritable signal de confiance accordé à la personne emprunteuse¹⁷. En effet, mieux placée que quiconque pour apprécier la dignité de crédit d'une entreprise ou même d'un particulier, de par les sources d'information privilégiées auxquelles elle a accès (fichiers

¹³ Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité.

¹⁴ Voir tout spécialement sur ce point, Michel GAUDIN, « Le crédit aux particuliers : aspects économiques, techniques, juridiques et fiscaux », Séfi, 1996, page 144 et suivantes.

¹⁵ Jack VEZIAN, « La responsabilité du banquier », 2ème édition, 1977, n° 169

¹⁶ *Ibidem*, n° 169.

¹⁷ Voir sur cette question, Laurent VILANOVA, « La décision de prêt bancaire comme signal imparfait sur l'emprunteur », Revue d'Economie Financière, 1997, n° 42, page 217 et suivantes, spécialement pages 218 à 224.

de la Banque de France, client lui-même) elle apparaîtra toujours aux yeux des tiers comme mieux informée, voire comme la mieux informée. La confiance du banquier entraîne donc souvent celles des autres partenaires de l'emprunteur. Ces derniers qui font confiance à la banque, qui a accordé une sorte de « brevet de solvabilité »¹⁸ à l'emprunteur, suivront alors ce signal et accorderont à leur tour leur confiance à l'emprunteur¹⁹. Si cet emprunteur s'avère solvable la décision bancaire aura permis la création d'échanges, aura stimulé l'activité économique et ainsi créé de la richesse. En revanche, si l'emprunteur est défaillant c'est l'effet inverse qui se produira. Or, les conséquences d'une mauvaise décision bancaire peuvent être très préjudiciables pour ces tiers car, au pire, une telle décision peut entraîner des déconfitures en cascade. Ces effets ne peuvent qu'être néfastes au développement économique et donc à l'intérêt général tout entier. En effet, la défaillance, qu'elle soit d'un particulier ou d'une entreprise, a un coût économique et social qui doit être supporté par les différents acteurs du tissu économique d'un pays et, au final, par la société dans sa globalité. Le banquier, par les décisions qu'il prend, et compte tenu des dangers que peut présenter le crédit dispensé à des personnes indignes, joue donc un rôle de police économique de premier plan.

12. La nécessité de prendre en considération les intérêts des autres. C'est pourquoi, lorsqu'il prend sa décision, il ne doit pas seulement prendre en considération ses propres intérêts, mais également l'intérêt des autres, emprunteurs, tiers-crédanciers et déposants²⁰. En somme, il doit tenir compte des répercussions que peuvent avoir ses décisions pour l'économie d'une région et d'un pays en général. Par ses décisions, il assure donc une fonction d'intérêt général²¹. Certains ont d'ailleurs pu à ce titre dire que les banques assument une mission de service public²².

13. Banque et mission de service public. De par la place qu'il occupe dans l'économie (réception des fonds du public, création d'instruments permettant la circulation de la monnaie scripturale, distribution du crédit nécessaire à l'essor économique...²³), le banquier fait plus qu'exercer une simple activité commerciale dans son unique intérêt.

¹⁸ Jean STOUFFLET, « L'ouverture d'un crédit peut-elle... », précité, n° 18.

¹⁹ Jean-Michel DAUNIZEAU, « Les entreprises en difficulté : pratique bancaire et juridique », Banque éditeur, 1996, n° 3 ; Jean-Pierre DESCHANEL, « L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit », Revue Banque, 1977, n° 365, page 972, « Sa position éminente dans la vie des affaires lui confère, par ailleurs, une autorité morale au point que les concours qu'il distribue contribuent au crédit général des industriels et des commerçants ».

²⁰ Jean STOUFFLET, « Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes », in mélanges VAN OMMESLAGHE, Bruylant (Bruxelles), 2000 ; du même auteur, « L'ouverture de crédit peut-elle ... », précité, spécialement n°1, 3, 4, 18 et 23.

²¹ Roger Houin, Rapport de synthèse « la responsabilité du banquier : aspect nouveau », travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV, 1984, Economica, page 10 .

²² Roger HOUIN, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1964, page 163 et suivantes.

²³ Voir sur ce rôle, Jack VEZIAN, précité, n° 30 et suivants, spécialement n° 43, et n° 340 ; Jean-Louis RIVES-LANGES et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité, n° 168, pages 152.

Ainsi, à reprendre les paroles du Professeur Roger Houin, « Le banquier, même si l'on admet pas qu'il gère un véritable service public... n'en a pas moins un rôle particulier et ne peut pas être considéré comme un commerçant ordinaire. Il participe à la distribution du crédit et joue un rôle de premier plan dans l'économie nationale ; son activité n'est plus seulement dominée par la liberté et la recherche du profit, il a un rôle économique d'intérêt général... par-là, il est amené à donner satisfaction à des besoins de sécurité et à assurer des risques accrus »²⁴. Les autorités politiques, conscientes du danger que peut présenter le commerce de ce produit pas ordinaire²⁵, ont posé certains garde-fous.

14. Contrôle des banques par l'Autorité. D'une part, elles ont placé les banques sous la tutelle d'organismes de contrôle comme la Commission Bancaire²⁶, d'autre part, elles ont pris soin d'édicter un certain nombre de règles de bonne conduite, appelées normes prudentielles, visant à garantir la pérennité du système²⁷. Eu égard à ces différents paramètres : rôle particulier joué par les banques dans la vie économique et sociale d'un pays, contrôle des activités bancaires par l'autorité publique, il n'est plus tout à fait choquant d'écrire que les banques assument une mission de service public. Cependant, compte tenu du danger que peut entraîner une telle notion, ambiguë, au plan du respect du principe de liberté de décision et de celui qu'il n'y pas de droit au crédit, celle-ci doit être strictement limitée et ne pas être comprise au sens technique du droit administratif.

15. Etendue de cette mission de service public. La notion signifie seulement que le banquier, qui manipule un produit pas comme les autres, doit se montrer particulièrement vigilant lorsqu'il s'apprête à faire crédit²⁸. A cet égard, une décision du Tribunal de commerce de Bruxelles est particulièrement éclairante²⁹. Selon ce tribunal : « Attendu que la responsabilité des organismes de crédit doit être appréciée en fonction de la mission qui leur est confiée et des moyens administratifs qui sont en leurs mains ;

²⁴ Roger HOUIN, Rapport de synthèse, « La responsabilité du banquier... », précité, page 10 *in limine*.

²⁵ Sur ces risques voir Jean-Jacques BURGARD, « La banque en France », Presse de Sciences Po. et Dalloz, 1995, pages 275, 276 ; Jacques FERRONNIERE, « Opérations commerciales de banque », Dalloz, 1962, n° 172 ; Jean-Pierre DELACOUR, fascicule 1, « Les opérations de banque », Les Cours de Droit, 1975-1976, pages 64 et 65 ; P. - A. CHIAPPORI et M. - O.YANELLE, « Le risque bancaire : un aperçu théorique », Revue d'Economie Financière, 1996, n° 37, page 97 et suivantes.

²⁶ Voir sur ce point, Claude LUSSAN, « La responsabilité des banques vis-à-vis de leurs clients », Revue de Jurisprudence Commerciale, septembre - octobre 1977, « Rôle et responsabilité des banques », page 291.

²⁷ Sur cette question, voir Michel GAUDIN, précité, page 54 et suivantes ; Hubert BALAGUY, « Le crédit à la consommation », Que sais-je ?, P.U.F., 1996, page 66 et suivantes ; Franck BANCEL, « Ratio de solvabilité et distribution du crédit », Revue Marchés et Techniques Financières, 1994, n° 58, page 8 et suivantes ; Bernard KEIZER, « La gestion des risques dans les banques », Revue d'Economie Financière, 1993, n° 27, page 345 et suivantes ; Pierre-Yves THORAVALL, « La surveillance prudentielle des risques de marché supportés par les établissements de crédit », Revue d'Economie Financière, 1996, n° 37, page 221 et suivantes.

²⁸ Voir tout particulièrement, pour les fonctions à attribuer à l'expression, « mission de service public », note de Jean STOUFFLET sous Paris 26 mai 1967, JCP (G), 1968, n° 15518 ; du même auteur, « L'ouverture de crédit peut-elle être ... », précité, spécialement n° 23, et *infra* n° 128.

que la mission économique et sociale de la banque consiste notamment à gérer une partie non négligeable de l'épargne publique, à soutenir par le crédit les entreprises ou à retirer le crédit aux entreprises ne participant plus à la vie économique dans les conditions normales de concurrence ; Que dans l'accomplissement de cette mission, elle doit faire preuve de clairvoyance et de discernement, et doit harmoniser ses droits premiers (par ex. éviter un risque) avec les intérêts légitimes des déposants, des crédités et du public en général ... » . C'est ainsi que doit être comprise l'idée d'un service public appliquée à l'activité bancaire, c'est-à-dire comme un élément permettant, le « renforcement de l'obligation de prudence et de diligence à l'égard des tiers »³⁰, le renforcement de sa responsabilité dans son activité de distribution du crédit. C'est d'ailleurs ici un autre facteur que doit intégrer le banquier et qui doit l'inciter à toujours mieux circonscrire le risque.

2.3. Nécessité de circonscrire le risque au regard du risque judiciaire.

16. Crédit et risque judiciaire. En effet, la nécessité d'analyser la dignité de crédit de l'emprunteur n'est plus aujourd'hui seulement justifiée par des impératifs de gestion purement interne et par des impératifs découlant de la place de la banque dans l'économie, mais également par le fait que le banquier, en distribuant ou même en refusant de distribuer le crédit, encourt un risque que nous qualifierons de judiciaire. C'est là un paramètre qui n'est plus à négliger. Comme a pu le souligner un auteur dans le domaine du devoir de conseil, au-delà, « des risques personnels qu'il prend de ne pas être remboursé, ce prêteur prend aussi celui, plus original, de voir sa responsabilité contractuelle engagée pour n'avoir pas déconseillé le candidat emprunteur... »³¹. Bien évidemment, ce risque judiciaire ne se cantonne pas à cette obligation de conseil, d'apparition plutôt récente en matière de distribution du crédit³², contrairement au cas de mise en responsabilité pour octroi de crédits abusifs. Une telle mise en responsabilité a d'ailleurs suscité à une époque une vive inquiétude de la part de l'ensemble de la profession bancaire, comme en témoignent ces quelques paroles tirées du rapport annuel de l'Association Française des Banques³³ : « Plusieurs rapports antérieurs de l'Association ont souligné la préoccupation de l'ensemble de la profession bancaire à la suite de certaines décisions de jurisprudence³⁴ semblant marquer une évolution vers une

²⁹ Jugement du 29 octobre 1976, cité par André BRUYNEEL, « Le mémoire De Barys sur la responsabilité du donneur de crédit : présentation et état de la question », *Revue de la Banque* (Bruxelles), 1977, page 320.

³⁰ Voir sur ce point, notamment observations Michel CABRILLAC et Jean-Louis RIVES-LANGE, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1969, page 1059 ; observations Jean STOUFFLET, *JCP (G)*, 1968, II, n° 15518 ; Jack VEZIAN, précité, n° 1 et n° 43.

³¹ Jacques Mestre, observations *in* *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1991, page 319 ; cité également par Jean-François RENUCCI, « L'identité du cocontractant », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, juillet – septembre, 1993, n° 10, page 453.

³² Voir sur cette obligation, *infra* n°1119.

³³ Rapport annuel pour 1979, page 51 et suivantes.

mise en cause systématique de la responsabilité des banquiers qui en octroyant des crédits à des entreprises en difficulté, auraient contribué à l'aggravation de leur passif ou se seraient immiscées dans leur gestion ». Il est vrai que la publication d'une certaine doctrine, « L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? »³⁵, n'est pas tout à fait étrangère³⁶ à une prise de conscience que les établissements de crédit pouvaient être responsables du préjudice causé à certains du fait de l'octroi d'un crédit inapproprié. Par la suite, il est également exact que la consécration jurisprudentielle du principe, et de ses excès, a pu susciter quelques inquiétudes, c'est un euphémisme, de la part de la profession³⁷. Mais, depuis, même si la jurisprudence a su faire preuve de sagesse et de beaucoup de rigueur dans l'appréciation de la responsabilité pour octroi de crédits à une entreprise, elle n'a pas non plus hésité à étendre considérablement les cas de responsabilités encourus par le banquier.

17. Champ d'intervention du risque judiciaire. Aujourd'hui, la responsabilité des établissements de crédit peut être aussi bien recherchée par les tiers, créanciers ou cautions, que par le client lui-même. Elle peut être recherchée à tout moment de la relation, c'est-à-dire aussi bien à l'entrée en relation qu'au cours de la relation, par référence aux notions d'octroi de crédits abusifs ou inappropriés, de rupture ou de refus abusif, et même, dans le cas de crédits distribués aux particuliers, par référence au manquement à l'obligation de conseil. Les causes pouvant amener le banquier à répondre de ses actes sont multiples et bien réelles³⁸. En effet, on ne compte plus aujourd'hui les cas où les tribunaux interviennent pour sanctionner un comportement jugé fautif du banquier. L'effervescence de la doctrine³⁹ en ce domaine n'a de cesse de rappeler que le risque judiciaire n'est pas un leurre et qu'il doit être pris en considération par le banquier dans son activité quotidienne de distribution du crédit. En effet, même s'il est difficilement chiffrable, « ce qu'il est important de retenir sur ce sujet, est en fait que ce risque peut s'avérer plus important même que le risque bancaire, la banque pouvant alors être parfois condamnée à des dommages et intérêts qui peuvent multiplier par cinq, dix ou vingt et parfois plus, la perte finale »⁴⁰. L'existence de ce paramètre, ainsi que celle de tous

³⁴ Cour d'appel de Rennes, 17 juin 1977, Cour d'appel de Paris, 3 juin 1977 et Cour d'appel de Lille, 26 octobre 1977, c'est nous qui ajoutons.

³⁵ Jean STOUFFLET, précité.

³⁶ Voir Francis-Jean CREDOT, « Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises », Les Petites Affiches, 7 juillet 1991, n° 81, page 10 et suivantes.

³⁷ Selon le Doyen Jean STOUFFLET, le terme « scandale » traduirait mieux le sentiment qu'éprouvèrent les banques lorsque furent rendues les premières décisions, *in* « Retour sur la responsabilité du donneur de crédit », *in* mélanges Michel CABRILLAC, Paris, Librairies techniques, 1999, page 517, n°1 *in limine*.

³⁸ Voir, notamment, sur ces hypothèses de responsabilité, Patrice BOUTEILLER, « Redressement et liquidation judiciaires : responsabilité du banquier », *Juris-classeur Banque et Crédit*, fascicule 520, 2/2000 ; voir sur la question de la responsabilité pour octroi de crédits excessifs, *infra* n° 1116 et suivants ; François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », Paris, Litec, 2001, page 281 et suivantes

ceux évoqués jusqu'ici, ne peut aboutir qu'à la conclusion que le banquier doit être prudent lorsqu'il s'apprête à dispenser du crédit. Il doit circonscrire le risque qu'il entend prendre, il doit analyser la dignité du demandeur de crédit⁴¹. D'ailleurs, cette exigence a été suffisamment mise en évidence par la jurisprudence pour ne pouvoir être ignorée du banquier.

3. Les instruments d'analyse du risque.

18. La matière de base : l'information. Cependant, que sait la banque des entreprises, et des particuliers, quels sont les moyens de gestion du risque dont elle dispose pour pouvoir admettre une telle présomption de responsabilité ? Comme l'avait si justement précisé le Tribunal de commerce de Bruxelles⁴², « ...ces devoirs trouvent une limite dans les moyens techniques dont dispose la banque pour vérifier la qualité des crédits ». C'est toute la question des modes d'évaluation de la dignité de crédit qui est mise en évidence par ces termes. Car, on l'aura compris, les obligations (juridiques et économiques) qui pèsent aujourd'hui sur le banquier font qu'il ne peut se contenter d'être crédule (ce serait une faute de sa part) mais qu'il doit, au contraire, rationaliser sa décision. Or, comment parvenir à cet objectif ?

19. Nécessité d'une information pertinente. Les solutions ne sont pas légion : la seule arme du banquier c'est l'information. Cependant, pas n'importe quelle information, mais une information apte à fournir les éléments de la prise de décision, les éléments permettant l'exercice du discernement imposé par la jurisprudence⁴³. En somme, une

³⁹ Voir notamment sur ce point, Francis-Jean CREDOT, « Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises », précité, et version abrégée, *Revue Banque*, 1993, n° 539, page 30 et suivantes ; Dominique LEGEAIS, « La responsabilité des banques mises en cause par les cautions », *Revue Banque et Droit*, n° 69, 01-02/2000, page 12 et suivantes ; Francis-Jean CREDOT, « L'octroi de crédits et l'obligation de conseil de banquier », *Revue Droit et Patrimoine*, janvier 1994, page 34 et suivantes ; Stéphane PIEDELIEVRE, « La responsabilité liée à une opération de crédit », *Revue Droit et Patrimoine*, 2001, n° 89, page 62 et suivantes ; Isabelle BON-GARCIN, « L'abus de droit dans les contrats de crédit », *JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 1998, n° 6, pages 4 et suivantes ; J. - L. Coudert et Ph. MIGEOT, « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *Revue Banque et Droit*, 1993, n° 29, André BUTHURIEUX, « La responsabilité du banquier », édition Litec, 1999, n° 161 et suivants ; François GRUA, « Les contrats de base à la pratique bancaire », Paris, Litec, 2001, page 281 et suivantes.

⁴⁰ Jean-Michel DAUNIZEAU, « Les entreprises en difficulté : pratique bancaire et juridique », Banque éditeur, 1996, n° 5.

⁴¹ Et même s'il peut limiter sa prise de risque par des garanties. La Commission bancaire a été très claire à cet égard en rappelant que, « La constitution d'un dossier de crédit doit permettre au prêteur de disposer de toute l'information nécessaire à l'analyse détaillée de la situation du débiteur fondée sur la mesure de sa capacité de remboursement... Cette analyse... doit être menée préalablement à la prise en compte de garanties éventuelles, destinées à renforcer la sécurité de l'opération pour le prêteur, mais qui ne conduisent pas nécessairement à améliorer la qualité intrinsèque du crédit ». Rapport annuel de la Commission bancaire pour 1995.

⁴² André Bruyneel, précité, page 320.

information capable de circonscrire le risque, apte à cerner la dignité de crédit du candidat à l'emprunt, apte à l'informer, au sens pertinent du terme, sur le comportement futur des demandeurs de crédit. En effet, selon nous, il ne s'agit pas pour le banquier de récolter une masse d'informations tous azimuts pour dire qu'il aura accompli son devoir de s'informer ou qu'il aura cerné la dignité de crédit de la personne. Non, cette phase de l'information est nécessaire⁴⁴ mais non suffisante pour circonscrire exactement le risque. Elle peut même être, à certains égards, et si l'on n'y prend garde, dangereuse pour la prise de décision⁴⁵. Pour que l'information pertinente apparaisse, il faut alors nécessairement passer par une seconde phase⁴⁶, c'est-à-dire le traitement de l'information de base⁴⁷. Seule cette démarche permettra de donner une idée du risque, une idée de la dignité de crédit de la personne.

20. Diversité des modes d'évaluation. Or, précisément pour se donner cette idée du risque que peut représenter une demande de crédit le chemin n'est pas uniforme et le banquier a développé un certain nombre de modes d'évaluation de la dignité plus ou moins empiriques et systématiques, plus ou moins évolués, plus ou moins rapides, pour canaliser le flot d'informations qu'il aura forcément recueilli par ailleurs. Bien évidemment, les méthodes conceptualisées et utilisées par le banquier ne sont pas restées figées mais ont évolué afin de tenir compte de l'évolution du marché du crédit, l'évolution des comportements des entreprises et des consommateurs, et également l'amélioration des moyens techniques permettant le traitement de l'information. A ce titre, les recherches des établissements de crédit se sont orientées vers deux séries de méthodes à la philosophie d'évaluation et d'utilisation radicalement différente, même si elles ont pour dénominateur commun l'information de base, celle que nous qualifierons de brute.

21. Les méthodes « classiques ». Chronologiquement, les premières à apparaître

⁴³ « Quand nous prenons un risque, nous parions sur une issue qui dépend d'une décision de notre part, sans savoir quelle sera cette issue. La gestion consiste à optimiser les zones où nous gardons un certain contrôle sur le résultat, en minimisant les zones d'absence de contrôle où le lien entre cause et effet nous échappe », Peter L. BERNSTEIN, précité, page 185 ; voir également page 175.

⁴⁴ Ainsi, selon Jacob BERNOULLI, « la quantité est primordiale, notre expérience débutait avec un dé à 6 faces, chacune ayant la même chance de sortir : distribution plate, sans rapport avec la loi normale. C'est au fur et à mesure des observations que la courbe se précise et nous donne les caractéristiques du jeu de dés », cité par Peter L. BERNSTEIN, précité, page 133.

⁴⁵ « Tout porte à croire que l'information est un ingrédient nécessaire au processus de décision, et que plus nous disposons d'informations, mieux nous sommes placés pour gérer le risque. Or, les psychologues ont montré qu'un excès d'information bloque ou fausse la décision, offrant un terrain propice à la manipulation », Peter L. BERNSTEIN, précité, page 266.

⁴⁶ Nous ferons remarquer d'ores et déjà que le banquier peut lors de cette première phase recueillir une information déjà traitée, c'est notamment le cas pour la cotation Banque de France. Cependant, ceci n'ôte rien à la problématique ainsi posée. En effet, les services de la Banque de France, eux aussi, passent par ces deux phases avant de proposer une information pertinente.

⁴⁷ « Le prélèvement et l'analyse d'échantillons, le calcul des moyennes et la définition des normes forme le cadre dans lequel va se déployer l'analyse statistique », Peter L. BERNSTEIN, page 78. En effet, calculs et définitions permettent d'aller au-delà de la donnée à l'état brute et donne la norme, la direction à suivre.

ont été les méthodes que nous dirons classiques.

22. Méthodes classiques et analyse objective. Brièvement et schématiquement, celles-ci, et s'agissant de l'analyse de la situation d'une entreprise, se fondent essentiellement sur l'analyse du bilan de l'entreprise, sur les perspectives de production et de rentabilité, sur l'établissement de quelques ratios établis à partir des postes du bilan et jugés révélateurs de la santé de l'entreprise, ainsi que sur des données extérieures à l'entreprise, c'est-à-dire par l'étude de paramètres liés à l'évolution du secteur dans lequel l'entreprise exerce son activité. S'agissant de l'étude de la dignité de crédit d'un particulier, ces méthodes s'appuient essentiellement sur l'appréciation du patrimoine et de la situation financière du demandeur, ainsi que sur ses capacités à gérer ces éléments. Pour cela, le banquier passera par l'établissement d'un état du patrimoine et un état des revenus et charges supportées par la personne. Il établira ensuite sa capacité à rembourser, soit par la méthode dite du « taux d'effort » ou du ratio d'endettement, soit encore par un mode d'évaluation plus précis, l'approche budgétaire.

23. Méthodes classiques et analyse subjective. Mais, la grande caractéristique de l'approche classique ne se situe pas tant dans les différentes techniques mises en oeuvre pour apprécier la situation du candidat à l'emprunt, mais bien dans l'approche qui en est faite. C'est-à-dire que dans ce type d'analyse, que l'on ait affaire à un simple particulier ou à une entreprise, l'accent est davantage mis sur l'aspect subjectif de la notion de dignité de crédit, la volonté de remboursement, que sur son aspect objectif, la capacité de remboursement ou, autrement dit, sur l'analyse du pouvoir payer. Si dans l'analyse classique ce dernier aspect n'est absolument pas négligé, c'est bien sur le caractère *intuitu personae* de la relation que le banquier va accentuer et concentrer son attention. Il s'efforcera alors de cerner les qualités intrinsèques du dirigeant de l'entreprise ou du particulier, son aptitude à diriger une entreprise ou à gérer le budget familial, sa moralité, son esprit du sacrifice, son comportement, son mode de vie... En bref, sa volonté à honorer ses engagements présents et futurs. Or, pour cela il n'existe aucune méthode rationnelle, c'est le « flair » du banquier qui sera sollicité. C'est sa capacité de jugement, son bon sens, sa psychologie, son intuition... qui seront mis en éveil. Dans cette démarche de l'étude de la dignité de crédit, c'est l'Homme qui est mis au centre de l'analyse. Cet homme incarné à la fois par le candidat à l'emprunt et par le banquier lui-même, confirmant par-là même que le contrat de banque est un acte marqué par *l'intuitus personae*. Cependant, si ce type d'analyse conserve encore aujourd'hui une place prépondérante dans l'activité de distribution du crédit, notamment chez les banques dites « universelles », et pour certains types de crédit, l'évolution de la technologie informatique, et d'une demande de crédit en masse, sont venues bouleverser cette conception de la distribution du crédit vers une dépersonnalisation évidente, voire irrémédiable du rapport banquier-client. Sur les techniques dites « classiques » sont alors venues, dans le meilleur des cas se greffer, et parfois même, se substituer, des modes d'évaluation purement informatisés.

24. Les méthodes « modernes ». C'est l'apparition des méthodes, notamment de crédit-scoring, mais aussi de systèmes experts et, dans une moindre mesure, de segmentation comportementale.

25. Définition du crédit-scoring. Le crédit-scoring peut ainsi être défini comme une

technique qui permet de transformer des informations qualitatives comme l'âge, l'adresse, le niveau des revenus, la situation matrimoniale... en données chiffrées et quantifiées. Le *scoring* permet, grâce à l'affectation de points à ces différentes données et à leur croisement, de donner une idée précise de la capacité de remboursement d'un individu au travers la note qui est produite, et que nous qualifierons d'information-résultat par opposition aux informations (âge, revenus...) qui sont saisies pour traitement.

26. Scoring et notation financière. Le *scoring* ne doit pas être confondu avec la notation financière⁴⁸ qui est effectuée par des agences spécialisées : les agences de notation. En effet, alors que la notation ne représente pas une évaluation de la société émettrice ni de la valeur de son patrimoine, mais seulement des titres qu'elle émet, le score, lui, attribué par les organismes de crédit traduit la valeur de l'emprunteur et de son patrimoine ainsi que ses perspectives de résultats. Il est vrai cependant qu'il existe certaines similitudes. La notation ou le *rating* reflète l'opinion fournie par des organismes spécialisés sur la capacité de remboursement d'un émetteur de papier financier ou, autrement dit, permet l'évaluation du risque de non-remboursement, en temps et en heure, d'un emprunteur qui demande son crédit, non pas à une banque, mais au marché financier. Le score qui est attribué par les établissements de crédit renseigne également sur l'aptitude d'un emprunteur à honorer à terme ses engagements. Ainsi définis, score et notation restent, sans se confondre, conceptuellement relativement proches en cela qu'ils représentent tous deux un « indicateur cohérent et normalisé du risque de défaillance »⁴⁹ d'un emprunteur⁵⁰.

27. Scoring et segmentation comportementale. Le *scoring* ne doit pas non plus être confondu avec la segmentation comportementale. Cette dernière technique vise, elle, à affecter les individus clients de la banque dans des groupes caractéristiques, les segments, qui sont alors censés refléter le comportement bancaire de la personne. L'exemple le plus connu en la matière est sans doute le segment « fourmis » ou « cigales » qui permet d'identifier les économes ou les dépensiers. L'usage de cette technique est avant tout commercial puisqu'elle vise à proposer à l'individu ainsi classé des produits bancaires et financiers susceptibles de l'intéresser. Il est cependant exact qu'en tant qu'elle établit une opinion et détermine le profil de comportement de la personne, elle se rapproche en cela de la technique du *scoring*, et ce d'autant plus que comme le *scoring* elle est construite grâce aux calculs de probabilités et des statistiques. Elle peut ainsi être rapprochée d'un *scoring* particulier, le score de comportement. Au

⁴⁸ Voir sur ce point, M. Bouguerra - Gentile, « Notation et crédit-scoring : substitution ou complémentarité ? », Revue du Financier, 1993, n° 91, page 40 et suivantes ; Jean-Michel DAUNIZEAU, « Les entreprises en difficulté », précité, n° 48 ; Jeanne-Françoise de POLIGNAC, « Les améliorations relatives à la notation », in colloque de l'Université d'Auvergne du 14 mars 2003, « Information financière : quelles nouvelles données ? », Revue Lamy Droit des Affaires, supplément, n° 63, septembre 2003, page 33 et suivantes, notamment page 34.

⁴⁹ Jean-Pierre MATTOUT et Stéphane MOUY, « La notation », Bulletin Joly, Bourse et Produits financiers, septembre - octobre 1994, page 441 et suivantes.

⁵⁰ Voir sur les rapprochements possibles entre score et notation, Bulletin Banque de France, n° 90, juin 2001, « Développements récents de la méthode des scores de la Banque de France ».

surplus, couplée au *scoring* sur crédits, elle peut devenir un complément non négligeable de l'analyse de la dignité de crédit de la personne. Cependant, dans la mesure où la segmentation n'a pas pour objet direct l'octroi du crédit, elle doit être distinguée du *scoring*.

28. Scoring et système expert. Ce dernier ne doit pas non plus être confondu avec ce qu'on appelle les systèmes experts. En effet, alors que le *scoring* vise à quantifier une série de données relatives à la personne, les systèmes experts, eux, sont des logiciels qui ont pour caractéristique et objet de reproduire le raisonnement humain. *Scoring* et systèmes experts sont donc conceptuellement et fondamentalement différents. Ces deux méthodes se rapprochent néanmoins dans la mesure où comme le *scoring*, le résultat qui est émis par le système expert donne une réponse synthétique sur les capacités de remboursement de la personne.

29. Facteurs explicatifs de l'apparition du crédit-scoring. La question que l'on peut alors se poser à ce stade de l'analyse est de savoir pourquoi les établissements de crédit ne se sont pas satisfaits de l'analyse traditionnelle. Nous l'avons évoqué, le développement de ces techniques est lié à plusieurs facteurs fortement corrélés.

30. Une distribution du crédit en masse. D'une part, l'apparition de ces techniques est due à l'émergence d'une forme de crédit, le crédit à la consommation. En effet, s'il y a quelques années déjà le recours au crédit pour assurer les besoins quotidiens pouvait apparaître à certains égards comme honteux, aujourd'hui son usage s'est largement répandu⁵¹. Nombreux sont les ménages qui pour satisfaire un besoin ou un plaisir n'hésitent plus à se servir du crédit⁵². Davantage qu'un simple instrument utilisé ponctuellement, pour certains le crédit est pratiqué comme un véritable mode de vie, voire comme un art de vivre. Il est devenu pour certains particuliers une ressource de trésorerie⁵³ au même titre que n'importe quel revenu (salaires, prestations sociales...). L'exemple du prêt personnel, crédit non affecté, qui peut être utilisé quand bon semble à son bénéficiaire, est sans doute la meilleure illustration de ce phénomène du recours au crédit comme art de vivre. Il n'est dès lors pas étonnant que devant une telle évolution des comportements, le crédit à la consommation ait pris une place prépondérante dans l'endettement des ménages⁵⁴. Une telle évolution n'est sans doute pas étrangère à un autre facteur qui tient au mode de distribution de ce type de crédit.

31. Une distribution du crédit en mode « prescription ». En effet, et d'autre part, l'une des caractéristiques de ce type de crédit est qu'il est souvent distribué dans les lieux mêmes de consommation. Ainsi, les grands distributeurs de produits de consommation courante, pour faciliter leurs ventes, ont décidé d'offrir au client, et sur place, les moyens de financement de l'achat. Pour eux, la « vente » d'un crédit est apparue comme un

⁵¹ Dans certains pays, comme aux USA, l'obtention d'un crédit est même considérée comme une marque de moralité. « Là-bas, avoir un crédit, c'est une marque de qualité, cela signifie qu'à un moment donné on vous a fait confiance », F. MIGRAINE, « L'euro est le seul élément fédérateur », Revue Banque Magazine, 2001, n° 623, page 24.

⁵² N. THE VAN, « Les nouveaux usages du crédit à la consommation », Revue Banque magazine, 2001, n° 623, page 23.

⁵³ *Ibidem*, pages 21 et 23.

formidable outil commercial pour accomplir l'acte final. Ces magasins ont donc fait appel à des sociétés spécialisées dans ce type de crédit, quitte à les créer eux-mêmes, afin de faciliter l'acte de vente. C'est ainsi que de nouveaux acteurs de la distribution du crédit, appelés sociétés financières, sont apparus sur le marché⁵⁵. L'originalité de cette distribution du crédit est que les services d'études de la dignité de crédit des demandeurs de crédits ne sont pas situés sur le lieu même de vente. Ces sociétés ont donc dû faire appel, pour recueillir les informations nécessaires à l'analyse de la demande, à des mandataires situés sur ce lieu de vente. C'est ce qu'on appelle la distribution du crédit en mode prescription. Le prescripteur étant incarné par le magasin qui fait appel à la société financière. Sans l'instauration de ce mécanisme les grands distributeurs n'auraient pas pu atteindre leur objectif, c'est-à-dire proposer immédiatement au client les moyens de financement de l'opération. De leur côté, les sociétés financières n'auraient pas pu atteindre le client faute d'intermédiaires pouvant les mettre en relation, et donc n'auraient pas pu distribuer leurs crédits par ce mode de distribution. Ce dernier, en permettant cette « mise en relation », a donc fortement contribué à l'essor d'un crédit à la consommation distribué en masse.

32. La nécessité d'assurer la rapidité des transactions. Cependant, cette forme de distribution des crédits n'est pas sans inconvénient. En effet, devant la masse des demandes de crédit apportée par les distributeurs, il fallait développer une capacité de réaction sans reproche. A défaut de réponse rapide et quasiment en temps réel à la demande de crédit, le chaland se serait détourné de son achat n'étant pas certain de pouvoir en assurer le financement. Dès lors, les sociétés spécialisées devaient, pour assurer la rapidité des transactions, faire appel à des techniques de sélection très rapides, pertinentes et qui se fonderaient sur un minimum d'informations. Or, lorsqu'on parle de rapidité de calcul ou de traitement, l'on pense immédiatement à la machine, à l'ordinateur. L'ensemble des facteurs ainsi décrits, distribution en masse du crédit, appel à la prescription, nécessité d'assurer la rapidité des transactions a fini par « chasser » les méthodes dites classiques de ce type de crédit. La remarque est d'autant plus pertinente

⁵⁴ En juin 2000, le ratio crédits totaux/revenu disponible était de 54,4 %, et plus des deux tiers des ménages endettés le sont au titre des crédits de trésorerie, alors que le taux d'endettement au titre de l'immobilier est passé entre 1995 et 1998 de 21,8 % à 18,1 %, le taux d'endettement relatif aux crédits de trésorerie est lui passé sur la même période d'environ 17 % à près de 22 %. Pour plus de précisions sur les chiffres de l'endettement au titre du crédit, voir rapport du conseil économique et social, « Endettement et surendettement des ménages », édition du journal officiel, 2000, spécialement page I - 3 et suivantes. Voir aussi sur cette question, dossier « Crédit à la consommation : la nouvelle vague », publié à la revue Banque magazine, 2001, n° 623, page 17 et suivantes. On est cependant encore très loin des taux d'endettement qui peuvent exister dans d'autres pays, parfois supérieurs à 100% du revenu disponible comme au Japon, en Grande Bretagne ou aux États-Unis. Ce qui laisse présager du potentiel d'évolution de l'endettement en France. Selon certains auteurs d'ailleurs, le crédit à la consommation pourrait faire un bon de 60 % sur cinq ans !, Stéphanie FERRIEU et Sophie BERTHELON, « L'essor de la titrisation de crédits à la consommation », Revue Banque magazine, 2001, n° 623, page 30.

⁵⁵ Voir sur ces sociétés, C. HUARD, « La législation sur le crédit est protectrice dans le cadre national », Revue Banque magazine, 2001, n° 623, page 26 et suivantes, spécialement pages 27 et 28 ; G. PARPAILLON, « L'approche marketing de la grande distribution », Revue Banque magazine, 2001, n° 623, page 29 et suivantes ; Stéphanie FERRIEU et Sophie BERTHELON, précité, page 30 ; rapport du conseil économique et social, précité, page I - 46.

que dans ce mode de crédit et de distribution, la clientèle se trouve être traditionnellement plus risquée.

33. Un crédit distribué à une population risquée. En effet, la catégorie de population à laquelle s'adresse cette forme de distribution n'ayant pas fait la démarche de la demande mettra moins de cœur à l'ouvrage pour rembourser le crédit. De plus, les individus formant cette population, psychologiquement plus fragiles, ont davantage tendance à céder à leurs envies, alléchés par cet étalement de richesses, mais sans forcément analyser s'ils pourront assumer leur engagement⁵⁶. Ayant affaire à une population jugée plus risquée en termes d'incidents de paiement, les établissements de crédit ont donc trouvé des techniques permettant une sélection rigoureuse des candidats à l'emprunt. Or, le crédit-scoring répondait précisément à cet objectif de rentabilité des établissements de crédit. En cela que par sa forte capacité de traitement d'informations objectives, via l'outil informatique, il permet une sélection fine du risque de crédit attaché à cette tranche de la population. Cette finesse de la sélection étant rendue possible par la relative homogénéité de cette population. En effet, les profils de comportement et les caractéristiques des personnes formant cette population ont permis plus facilement d'isoler les critères déterminants du risque. L'échantillonnage et la normalisation nécessaire à l'informatisation n'ont donc été que plus aisés.

34. Une distribution de crédits de courte durée. A cela s'ajoute le fait que les crédits ainsi distribués sont de courte durée. Or, pour les crédits de courte durée l'aléa demeure moins élevé. Les chances que les données initialement recueillies se modifient avec le temps se trouvent d'autant plus diminuées que la durée du crédit consenti est brève. En effet, en matière d'analyse du risque le facteur temps est déterminant « s'il suspendait son cours, tout risque s'évanouirait »⁵⁷.

35. L'adaptation du crédit-scoring à ces facteurs. Dans ces conditions, une rationalisation et une objectivation extrêmes par des techniques automatisées paraissaient alors possibles. La méthode du crédit-scoring répondant précisément à ces objectifs a donc pris aujourd'hui une place prépondérante, pour ne pas dire exclusive, dans la sélection des candidats au crédit à la consommation. Celle-ci a permis effectivement au banquier d'allier rapidité et efficacité en réduisant les délais de réponse, les coûts de traitement des dossiers et également en réduisant au final les cas de perte. A ce stade de l'étude, l'on peut seulement s'interroger sur les conséquences qu'aura une telle sélection sur le phénomène d'exclusion bancaire, et par prolongement, social, si l'on considère la place qu'occupe le crédit dans la vie des ménages⁵⁸. Les qualités ainsi décrites de la technique du crédit-scoring fait que celle-ci n'est pas uniquement utilisée dans le secteur du crédit à la consommation, même si c'est pour ce dernier qu'elle s'avère la plus pertinente, mais également dans celui de la distribution du crédit aux entreprises.

36. Scoring et crédit aux entreprises. En effet, à l'égal du *scoring* appliqué aux demandes de crédit des particuliers, l'utilisation des scores permet de fournir à

⁵⁶ L'analyse des causes du surendettement confirme d'ailleurs cette vision. Voir sur ces causes, rapport du Conseil Economique et Social, « Endettement et surendettement des ménages », éditions des Journaux Officiels, 2000.

⁵⁷ Peter L. BERNSTEIN, précité, page 10.

l'établissement de crédit un avis sur la qualité d'une entreprise en la situant automatiquement dans une population au risque estimé similaire. Le niveau de risque de l'entreprise est alors exprimé par une note ou une probabilité de défaillance construite à partir d'une analyse des comptes de l'entreprise, de données chiffrées, et sur la défaillance des entreprises du même secteur. Son développement n'est évidemment pas étranger à la nécessité pour les établissements de crédit d'assurer là encore la rapidité des transactions⁵⁹. Cependant, elle reste encore peu utilisée par les établissements de crédit. Ou, du moins, si elle l'est c'est davantage comme un indice de la santé de l'entreprise que comme un résultat permettant la décision, à l'inverse du *scoring* appliqué aux particuliers. En effet, la méthode des scores reste relativement inapte à révéler la diversité que représente l'entreprise. De plus, elle est fondée sur des choix de ratios qui font largement appel à la subjectivité de leur concepteur. Cependant, il n'est pas dit qu'elle n'acquière, dans un avenir plus ou moins proche, une audience beaucoup plus importante chez les établissements de crédit. Non pas tant par les scores qu'ils auront eux-mêmes développés, mais davantage au travers les scores que la Banque de France a mis au point.

37. Scores de la Banque de France. Cette institution a récemment établi une série de formules scores⁶⁰ qui permettent à chaque établissement de crédit qui le désire de connaître le niveau de risque d'une entreprise à laquelle il s'apprête à donner son crédit.

⁵⁸ En effet, la population qui ne satisfait pas à cette forme de sélection se verra automatiquement exclure du crédit. Ces techniques sont donc des facteurs aggravant de l'exclusion bancaire. Voir sur ce point, Françoise DOMONT-NAERT, « Consommateurs défavorisés : crédit et endettement », *Story Scientia*, 1992, page 214 ; Nicolas EBER, « Sélection de clientèle et exclusion bancaire », *Revue d'Economie Financière*, 2000/3, n° 58, page 79 et suivantes ; Jean-Michel SERVET, « L'exclusion, un paradoxe de la finance », *Revue d'Economie Financière*, 2000/3, n° 58, page 17 et suivantes ; Pierre LE QUEAU et Daphné SALON, « Les interdits de chéquier », *Revue d'Economie Financière*, 2000/3, n° 58, page 97 ; Michel DIETSCH, « Peut-il exister un droit au crédit ? », *Revue d'Economie Financière*, 2000/3, n° 58, page 135 et suivantes ; rapport du Conseil Economique et Social, « Endettement et surendettement des ménages », éditions des Journaux Officiels, 2000, pages I - 15, I - 16, I - 30, I - 32. Pour cette catégorie de population c'est une autre forme de distribution qu'il faudra trouver. Une distribution assise sur une autre forme de relation, où le lien *intuitu personae* sera primordial et où les critères de la sélection seront différents. Cette nouvelle conception de la distribution peut alors être trouvée dans ce que l'on appelle le crédit solidaire. Voir sur cette forme de crédit, Michel DIETSCH, « Peut-il exister un droit au crédit ? », précité, page 141 et suivantes ; Frédéric-Jérôme PANSIER et Cyrille CHARBONNEAU, « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », *Les Petites Affiches*, 21 mai 2001, page 8, 1ère colonne, et page 11, 3ème colonne ; Maria MOWAK, « Le Crédit Solidaire : une voie nouvelle vers l'association du travail et du capital », rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 483 et suivantes ; Jean-Claude DETILLEUX, « La coopération d'épargne et de crédit dans le financement solidaire », rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 521 et suivantes ; David VALLAT, « La finance solidaire : un champ d'application varié », rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 499 et suivantes ; voir plus spécifiquement, pour le crédit aux entreprises, Conférence européenne des 11 et 12 décembre 2000, *in* site Internet <http://www.minefi.gouv.fr>.

⁵⁹ Sur ce point, voir Jérôme ATTARD, « Le prêt : contrat unilatéral ou synallagmatique », thèse Aix-en-Provence, 1999, page 45 et suivantes.

⁶⁰ Score BDFI pour le secteur l'industrie, score BDFHR pour le secteur de la restauration, score BDFB pour le bâtiment, et score BDFT pour le transport.

Ces formules sont mises à la disposition des établissements de crédit sous forme d'une « boîte noire » et permettent à ces derniers, en entrant les données recueillies auprès de l'entreprise, de connaître immédiatement le risque de défaillance à trois ans de cette dernière. Cependant, ce mécanisme souffre encore d'un manque de publicité, mais ne demande qu'à être éprouvé. C'est pourquoi les établissements de crédit préfèrent encore se reporter à la célèbre cotation Banque de France pour se donner une idée précise de la dignité de crédit de l'entreprise.

38. Scores et cotation Banque de France. Cependant, là encore score et cotation, même s'ils sont relativement proches, ne doivent pas être confondus. En effet, la cotation d'une entreprise est déterminée par un analyste financier, une fois par an, à partir du bilan de l'entreprise et de renseignements qualitatifs. Elle peut être révisée à tout moment grâce à de nouveaux renseignements qualitatifs ou lorsque l'analyste a connaissance d'incidents de paiement ou d'événements marquants sur l'entreprise. La cotation tient compte de la capacité de remboursement et répond à des normes de sécurité bancaire⁶¹. Elle est un indicateur à court terme (un an maximum) alors que le score, lui, qui est le résultat d'une étude statistique et non de dires d'experts, permet d'aborder l'évaluation du risque de l'entreprise différemment. L'étude est effectuée à partir de fichiers représentatifs des entreprises du pays. Le score est alors calculé automatiquement chaque année dès que le bilan de l'entreprise est saisi. Cet instrument fournit une probabilité de défaillance à trois ans⁶². Cependant, si la conception est différente, ces deux méthodes se rejoignent dans leur objectif : donner, sous forme synthétique, une opinion sur la santé de l'entreprise. A ce titre, elles peuvent toutes deux, quitte à les recouper, voire les regrouper⁶³, être considérées comme des éléments d'appréciation de la dignité de crédit de l'entreprise jusqu'à, dans le cas de la cotation Banque de France, se confondre avec la décision à prendre. L'intérêt de ces techniques au regard de la sélection est donc fondamental puisqu'elles donnent une idée du risque de défaillance de l'emprunteur ; ce qui ne sera pas sans conséquence au regard du respect des normes de gestion des risques de crédit.

4. Les techniques d'évaluation de la dignité de crédit et la supervision bancaire.

39. L'intérêt des techniques au regard de la supervision bancaire. Il est indéniable que ces techniques comportent des avantages pour le banquier notamment au regard des règles permettant d'assurer la sécurité du système financier. En effet, ces méthodes,

⁶¹ Etablis, notamment, dans le cadre de la politique du refinancement du papier commercial.

⁶² Voir, sur la distinction entre cotation et scores, Bulletin Banque de France, juin 2001, précité.

⁶³ Un score intégrant la cotation Banque France n'est pas inimaginable. Certains l'ont déjà fait. C'est le cas du score CIC Paris. Source : Patrick DOUCHEZ du CIC Paris.

score et cotation Banque de France, grâce aux résultats qu'elles rejettent, donnent une idée du risque de défaillance des personnes. Or, celles-ci devraient trouver une place de choix dans l'objectif de gestion interne des risques, et notamment dans le cadre de la mise en œuvre du ratio de solvabilité commandant aux établissements de crédit de respecter un rapport minimum entre leurs fonds propres et les risques de crédit qu'ils assument. D'ailleurs, au terme de récents travaux, le Comité de Bâle a recommandé expressément, dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau ratio de solvabilité, l'usage de procédures de notation interne des risques de crédit. Concrètement, cela devrait amener les établissements de crédit à prendre davantage en considération leur système de *scoring* dans l'analyse des risques de crédit, ainsi que la cotation Banque de France telle qu'elle vient d'être réformée. Ces deux systèmes pourraient ainsi trouver à fonctionner cumulativement, les scores étant davantage utilisés pour les crédits octroyés aux particuliers, alors que la cotation Banque de France est très utilisée pour l'octroi des crédits aux entreprises, notamment dans le cadre de l'escompte du papier commercial. Il y a donc fort à penser que tous les établissements de crédit devront, tôt ou tard, se doter de telles procédures de notation des risques de crédit. La méthode des scores, à ne pas en douter, devrait trouver, précisément du fait de la nécessité de respecter certaines règles de gestion, une place de choix, et ce dès la sélection des candidats à l'emprunt. Car, c'est bien dès cet instant que la gestion du risque de crédit doit s'organiser. En effet, dans la mesure où les scores représentent une probabilité de défaillance à court terme, la somme des notes attribuées à chaque risque, c'est-à-dire à chaque contrepartie, devrait permettre une gestion plus fine du risque de crédit. De ce point de vue, l'on comprendra qu'une généralisation de ces méthodes, au moins pour les crédits à court terme, paraît inéluctable. Mais, si cette généralisation, au nom du principe de sécurité du système financier, apparaît comme bénéfique, il demeure que ces techniques comportent un certain nombre de tares, tant au plan technique que juridique.

5. Les limites des méthodes modernes de l'évaluation de la dignité de crédit.

5.1 Les limites d'ordre technique

40. Les limites tenant au mode de conception des techniques modernes. En effet, la construction de ces techniques est fondée sur la prise en compte et le traitement d'informations uniquement objectives. Les éléments subjectifs de la dignité de crédit sont totalement absents du traitement et pour cause, ce sont là des critères qui conceptuellement ne peuvent être quantifiés et donc informatisés. Or, l'informatisation d'un critère composant la dignité de crédit passe nécessairement par une quantification. Ce que l'outil informatique ne peut réduire, normaliser est exclu par lui. Il est alors considéré comme un « bruit » à éliminer. Ainsi, toute information portant sur la personnalité d'un individu, sur sa moralité, sa volonté de payer, sera systématiquement

écartée car totalement impossible à quantifier. Pourtant, comme nous avons pu l'entrevoir, cette quantification des informations est à la base du traitement informatique et des techniques qu'elle permet de mettre en oeuvre : crédit-scoring ou systèmes experts. C'est dire l'inaptitude de ces techniques à évaluer cet élément fondamental du crédit qu'est le vouloir payer⁶⁴. En effet, l'acte de crédit est « un acte de foi, né de la réunion d'éléments qu'il est difficile à dissocier et de nommer, mais parmi lesquels il est évident que les facteurs moraux sont prépondérants »⁶⁵. Mais, ce trait caractéristique de la confiance « ne se commande ni ne se requiert, elle (la confiance) s'éprouve et se donne »⁶⁶. Or, en ce domaine seules les qualités intellectuelles du banquier, son savoir-faire, son aptitude à déceler la moralité, les compétences... du demandeur de crédit seront d'un quelconque secours. Car, comme a pu le dire Monsieur Cuignet, « Les qualités humaines ne s'appréhendent pas comme un fonds de roulement ou comme on effectue une projection de la rentabilité attendue d'un investissement... »⁶⁷. Seuls le dialogue, l'expérience et la capacité de synthèse du banquier seront à même d'en apprécier toute la portée. « Faire crédit... c'est en somme faire confiance à la fois à la qualité de ses clients et à la qualité de ses agents »⁶⁸. Or, ces qualités humaines, l'ordinateur et les techniques de crédit-scoring ne peuvent les apprécier. L'importance du subjectif et du nécessaire recours aux qualités intellectuelles et intuitives du banquier est d'autant plus augmentée si l'on s'en réfère à quelques tares supplémentaires, intrinsèques et exclusives à ces techniques.

41. Une technique fondée sur des modèles construits à partir du passé. Le fait est que le crédit-scoring est fondé sur un échantillonnage type construit sur des données du passé. Or, « Si chacune de nos estimations donnait la mesure exacte de son objet, il n'y aurait plus rien à dire. Si chaque élément de la création, éléphants, orchidées, ou chêne vert, était la réplique de son semblable, le monde ne serait pas ce qu'il est. La vie collectionne les similarités, non les identités ; aucune observation isolée ne peut conduire à la généralité »⁶⁹. « Les vrais fans de foot, comme les accros des marchés boursiers rassemblent des masses de statistiques justement pour évaluer les capacités des joueurs,

⁶⁴ Georges PETIT - DUTAILLIS, « Le risque du crédit bancaire », tome I, éditions Riber, 1997, n° 317, page 225 ; voir aussi du même auteur, « Le crédit et le banquier », Sirey, 1964, page 16. Voir aussi sur cet aspect de la confiance, Sophie GDJIDARA, « L'endettement et de droit privé », thèse, Paris II, 1999, LGDJ, n° 55, 62, 63 et 90. Sur l'incapacité pour le crédit-scoring d'analyser ces données fondamentales, voir Michel GAUDIN, « Quel(s) crédit(s) accorder aux particuliers ? », Revue Banque, 1998, n°597, pages 81 et 82.

⁶⁵ Georges PETIT - DUTAILLIS, précité, n° 314, page 222.

⁶⁶ Alain CHIREZ, « De la confiance en droit contractuel », thèse, Nice, 1977, n° 98. Voir aussi, Thierry SESSINS, « Globalisation financière et confiance », rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 463 et suivantes, spécialement pages 471 à 473.

⁶⁷ « La responsabilité juridique des donneurs de crédit », Revue de la Banque (Bruxelles), 1976, page 13.

⁶⁸ *Ibidem*, page 15.

⁶⁹ Peter L. BERNSTEIN, précité, pages 130 et 131.

des équipes, ou le potentiel des sociétés cotées. Et malgré cette multitude de données, les experts en matière de sport ou de finances ne peuvent faire que des pronostics »⁷⁰. C'est qu'en effet, malgré l'usage de ces méthodes capables de traiter des millions d'informations, chaque cas demeure unique⁷¹. Le vrai n'est pas le vraisemblable, le futur n'est pas le passé. Ainsi, selon LEIBNIZ, la difficulté de généraliser à partir de l'échantillon dérive de la complexité des choses. Nous ne pouvons approcher l'infini à l'aide d'expériences finies. La partie rebelle aux calculs à laquelle il fait allusion n'est pas une part d'absurde, mais un élément invisible de la structure d'ensemble⁷². Cette partie rebelle aux calculs, c'est-à-dire le côté subjectif de la dignité de crédit, seul le recours au raisonnement, à l'induction et à l'intuition pourra l'approcher⁷³.

42. Nécessité de concilier méthodes « classiques » et méthodes « modernes ».

Et, s'il est vrai que l'ordinateur devrait pouvoir nous immuniser contre la myopie, la crédulité, le regret, et autres faiblesses humaines totalement incompatibles avec une étude saine du risque, il ne faut pas oublier que ce dernier se contente de répondre à nos questions ; il n'en pose pas. Il établit des pronostics et non des certitudes par ses résultats et indications, mais ce n'est pas une religion à ériger en dogme. Dès lors, entre la crédulité que permet d'effacer l'ordinateur et l'étude rationnelle des faits⁷⁴, et l'excès de confiance en l'ordinateur devenu oracle, il y a un juste milieu que les établissements de crédit doivent trouver. Or, cette mesure nécessite que soient conciliées à la fois les méthodes classiques et les méthodes modernes d'évaluation de la dignité de crédit. C'est dans cette seule démarche que réside la circonscription du risque, et donc le discernement nécessaire à l'octroi ou au refus du crédit. L'analyse classique peut donc servir à atténuer la rigueur de l'utilisation de techniques telles que le crédit-scoring. Cependant, dans le cadre des développements qui vont suivre, elles n'auront d'autre but que de marquer les avantages et les inconvénients des techniques de crédit-scoring et des systèmes experts, qui constitueront l'essentiel de notre propos. En effet, au stade de l'utilisation de l'information-résultat qui vient donner la mesure du risque de crédit et de la dignité de crédit, les méthodes classiques n'entraînent guère de difficultés juridiques. En revanche, l'usage de l'information-résultat issue des systèmes de crédit-scoring, et plus généralement des systèmes informatiques, du fait de l'utilisation, pour son élaboration, de l'outil informatique, ouvre la perspective à de nombreuses conséquences juridiques, voire philosophiques, qu'il convient, dans cette étude, d'approfondir tout particulièrement.

⁷⁰ *Ibidem*, page 110.

⁷¹ « Chaque cas est si unique qu'il n'en a pas d'autres ou pas suffisamment pour pouvoir inférer une valeur de probabilité réelle. On pourrait en dire autant de toute conduite, sans se limiter au monde des affaires », F. H. KNIGHT, « Risk, Uncertainty and Profit », New York, Century Press, 1964, page 226. Voir aussi Peter L. BERNSTEIN, précité, pages 313 et 314.

⁷² Peter L. BERNSTEIN, page 314.

⁷³ *Ibidem*, page 190.

⁷⁴ Théorie du chaos.

5.2. Les limites d'ordre juridique.

5.2.1. Les dangers pour le demandeur de crédit.

43. Les dangers des modes d'évaluation pour la vie privée. Pour construire ces modes d'évaluation de la dignité de crédit, qu'ils soient classiques ou modernes, le banquier n'a guère d'autre choix que de récolter un maximum d'informations afin de circonscrire le risque et ainsi diminuer le champ de l'incertitude liée à l'acte de crédit. L'information de base, que nous avons qualifiée de brute, devient alors la matière dont sont constitués ces instruments. Et si le crédit constitue le « sang de l'économie » , l'information brute, elle, constitue le sang dont s'abreuvent ces techniques. Cependant, si l'information représente le sang de ces méthodes, elle en constitue également la limite. Car, face à l'intérêt et à la légitimité des établissements de crédit à évaluer la dignité de crédit du candidat à l'emprunt, et donc à leur « droit » à réclamer transparence, sincérité, il y a le droit pour l'individu à protéger sa vie privée contre une intrusion abusive de la part de ces mêmes établissements de crédit. C'est en quelque sorte un droit au silence qui est alors réclamé par le candidat à l'emprunt pas toujours en position de force face à ces puissantes officines que sont les établissements de crédit. S'il est vrai que l'information forme le substrat de la prise de décision, la recherche du banquier « ne doit pas pour autant être abusive car la fin ne peut systématiquement justifier les moyens. L'efficacité économique...ne peut justifier une frénésie d'information se traduisant par la violation des libertés et des droits fondamentaux de la personne humaine : la primauté de l'individu est une règle essentielle... » ⁷⁵ . Cela est vrai pour l'emprunteur potentiel particulier, cela est également vrai pour l'emprunteur personne morale. Sans aller jusqu'à dire que les personnes morales ont une vie privée, elles ont en revanche un secret des affaires qu'il leur est légitime de protéger et qui peut mettre un frein à la transparence exigée par le banquier ⁷⁶ . Ce risque d'atteinte aux droits fondamentaux des personnes est d'ailleurs fortement accentué par l'usage de l'outil informatique dans la phase de récolte de l'information brute -constitution de fichiers informatiques- ainsi que dans la phase d'élaboration des modes d'évaluation de la dignité de crédit, crédit-scoring et système expert. Or, la constitution de fichiers informatiques capables de stocker un nombre incalculable de données sur les personnes met directement en cause les droits des individus, personnes physiques ou personnes morales. Les capacités de recoupement des informations inscrites sur ces fichiers, l'interconnexion que permet l'usage de l'outil informatique rendent subtilement le client transparent, lui ôtant ainsi toute capacité de contrôle sur les informations et les traitements qui sont opérés sur lui ⁷⁷ . La segmentation

⁷⁵ Jean-François RENUCCI, « L'identité du cocontractant », précité, n° 5, page 451, n° 22 et suivants. Dans le même sens, voir Jean-Louis GUILLOT, « Transparence et banque », Revue de Jurisprudence Commerciale, 1993, n°4, spécial colloque de Deauville sur la transparence, page 155 et suivantes ; Jérôme ATTARD, précité, n° 12 et 17 ; Alain CHIREZ, « De la confiance en droit contractuel », thèse, Nice, 1977, page 186.

⁷⁶ Sur la question du secret des affaires, voir Corinne VANDENBUSSCHE, « Secret des affaires et informatique », thèse, Paris, 1990.

comportementale, les zones dites de « bloc-notes »⁷⁸ permettent ainsi d'attribuer des étiquettes aux individus sans leur contrôle. Ce danger est particulièrement criant lorsque l'on aborde les techniques du crédit-scoring et des systèmes experts.

44. **Crédit-scoring et libertés fondamentales.** En effet, ces derniers opèrent une véritable réduction de l'être. Elles réduisent l'individu, quel qu'il soit, à un simple numéro. Elles mettent les individus dans des catégories dont il leur sera difficile de se défaire. Elles ont pour effet d'exclure l'Homme du centre de la décision et par-là même dépersonnaliser, parfois entièrement, la relation qui peut s'établir entre les établissements de crédit et les demandeurs de crédit. Ce n'est plus seulement la vie privée qui est en cause avec ces nouveaux modes d'évaluation de la dignité de crédit, c'est aussi les libertés individuelles des individus. Ces dangers, liés à l'usage de l'outil informatique dans l'évaluation de la dignité de crédit d'une personne, le législateur l'a bien perçu en adoptant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

45. **Dangers de l'informatique et nécessité d'une législation adaptée.** L'objectif de cette législation spécifique à l'informatique est d'éviter ou, à défaut, de limiter les usages excessifs de l'ordinateur, en limitant les impacts négatifs que cet usage pourrait avoir sur la vie privée et les libertés fondamentales de l'individu. Certaines dispositions de cette loi sont d'ailleurs assez symptomatiques du souci qui a marqué le législateur afin de protéger les droits des personnes. Ainsi, pour limiter les effets néfastes qui pouvaient ressortir de l'usage de méthodes tels que le crédit-scoring ou les systèmes experts, il a été prévu deux textes fondamentaux :

46. **L'article 2** qui impose à tout responsable de traitement de ne pas fonder sa décision uniquement sur la foi d'un traitement informatique visant à évaluer le comportement d'une personne. Ce n'est là que l'illustration d'une volonté de ne pas voir les individus être jugés par des machines et de ne pas voir les décideurs succomber aux vérités sorties de l'ordinateur. C'est ainsi affirmé haut et clair la supériorité de l'Homme sur la machine.

47. **L'article 3** est encore plus caractéristique de cette volonté de contrôle en cela qu'il permet, ni plus ni moins, à chaque citoyen, dont fait partie le demandeur de crédit, de connaître et de contester les informations et les raisonnements qui sont utilisés dans les traitements informatiques et dont les résultats lui sont opposés. C'est ici plus qu'une simple volonté de protection de l'individu, mais un véritable contre-pouvoir qu'a voulu instaurer le législateur face aux décideurs. En effet, cela devrait permettre au demandeur de crédit refoulé de connaître les fondements mêmes de la décision, les contester, et remettre en cause cette décision. Ce n'est alors plus seulement le banquier qui peut exiger la transparence, mais c'est aussi l'individu. A cette différence près que ce ne sont pas des concepts vagues qui permettent d'imposer cette transparence mais un texte que les responsables des traitements, dont font partie les établissements de crédit, devront pourtant respecter. L'on comprend immédiatement qu'au regard du principe que le

⁷⁷ Voir sur ce point, Jean-Jacques BERTHET, « Les difficultés d'information du banquier », thèse, précité, page 238 et suivantes.

⁷⁸ Comme son nom l'indique, elle permet discrètement d'inscrire sur informatique divers renseignements glanés au cours de la relation bancaire, et qui peuvent avoir un impact sur la décision bancaire (octroi de découvert, proposition de produits etc.).

banquier est libre de prendre sa décision et qu'il n'existe pas de droit au crédit, la mesure ouvre des perspectives dangereuses. L'usage de techniques à l'image du crédit-scoring, au travers les informations-résultats qu'elles rejettent, n'est alors plus seulement dangereux pour les demandeurs de crédit, il l'est également pour les établissements de crédit eux-mêmes.

5.2.2. Les dangers du *scoring* pour les établissements de crédit.

48. Danger au regard de la protection de intérêts économiques. Il l'est car, au-delà du principe que le banquier est libre de sélectionner et de décider, au travers les droits accordés par cette législation c'est tout un savoir-faire qui est mis en péril. En effet, les établissements de crédit, notamment les sociétés spécialisées dans la distribution du crédit à la consommation, ont consenti des efforts financiers et humains considérables pour aboutir à des techniques de crédit-scoring pertinentes en termes de sélection. Or, permettre la divulgation de ces informations dans le public, via l'exercice des droits reconnus par l'article 3, c'est mettre en péril l'avantage concurrentiel que ces organismes ont su jusqu'ici préserver. Ces méthodes sont bien plus que de simples traitements informatiques, ce sont des instruments qui permettent le maintien du compte d'exploitation à un bon niveau. Elles représentent, si l'on peut dire, le fonds de commerce de ces sociétés financières. Permettre l'accès à ces informations, outre le fait qu'il porterait atteinte aux droits d'auteur du concepteur de ces logiciels ou programmes informatiques, mettrait en péril l'avantage concurrentiel qu'elles ont su, au cours du temps, développer. A ce titre, l'on peut alors se demander si les établissements de crédit ne pourraient pas eux-mêmes invoquer la protection de leurs intérêts économiques et moraux, leur secret des affaires et leurs droits d'auteur. Si ces risques ne se sont pas encore avérés, en France, l'expérience d'autres pays démontre que ce n'est pas là une perspective qui doit être négligée. Il est exact que l'impact de la loi informatique peut être minoré en ce sens qu'elle ne vise que les personnes physiques et non les personnes morales. Nous craignons cependant que les sociétés financières, notamment, ne partagent pas le même optimisme. Reste que ce ne sont pas là tous les dangers qui sont liés à l'usage de ces techniques. Certains résultent du mode même de conception de celles-ci.

49. Les dangers au regard de la liberté d'action du banquier. En effet, une fois créée, l'on peut se demander quelle maîtrise conservera le banquier sur cette information ? Devra-t-elle rester dans le domaine de compétence exclusif du banquier ? Ou alors pourra-t-elle ou devra-t-elle également servir le point de vue du demandeur de crédit et ainsi pénétrer, plus largement, le domaine de la relation bancaire ? Dans la première hypothèse, ce serait admettre que l'information produite n'a qu'un objectif : permettre la décision du banquier. L'information-résultat n'aurait alors d'autre intérêt et usage que d'éclairer le banquier sur l'opportunité d'octroyer ou non le crédit. Mais, elle n'aurait aucune vocation à pénétrer le champ de la relation contractuelle. Dans cette dernière et seconde hypothèse, il s'agirait alors de considérer que l'information-résultat, en tant qu'elle concerne la personne sujette à l'évaluation, doit pouvoir également servir les intérêts de cette dernière. L'information-résultat ne serait alors plus regardée comme le support d'un processus décisionnel purement interne, mais comme un élément objectif, en tant que révélateur de la dignité de crédit, ayant vocation à être extériorisé.

50. Les scores et la formation du consentement. Dans ce cas, cette information-résultat n'aurait plus seulement pour but d'éclairer le consentement du banquier, mais aussi celui de la personne qui entend contacter le crédit. Le résultat étant un indicateur fiable de la dignité de crédit ne serait-il pas légitime que cette personne en obtienne communication ? Autrement dit, est-il légitime que le banquier conserve, un peu égoïstement, une information qui concerne avant tout la personne et qui pourrait permettre de lui fournir l'élément de la décision, dans les conditions visées à l'article 1109 du Code civil ? N'y aurait-il pas une réticence dolosive de la part du banquier qui conserverait par-devers lui cette information ? On peut le penser. Il est vrai que le demandeur de crédit trouvera dans la loi informatique et libertés les moyens d'obtenir cette information-résultat. Mais, outre le fait que celle-ci ne protège que les personnes physiques, l'on peut simplement se demander s'il serait loyal de la part du banquier d'obliger la personne à passer par cette procédure, contraignante, alors qu'il pourrait, au nom des principes de coopération et de loyauté, la lui fournir spontanément ? Ces mêmes principes pourraient d'ailleurs fonder la communication de cette information à des personnes impliquées directement dans la relation banquier-emprunteur. Une de ces personnes pourrait être la caution qui, elle aussi, aurait intérêt, peut-être plus encore que le demandeur de crédit qui, lui, a toujours une idée de son risque, à connaître le niveau de risque de ce dernier. L'information-résultat pourrait alors faire partie de ces informations nécessaires à l'expression de son consentement. On pourrait même imaginer que tout tiers qui entendrait entrer en relation avec cet emprunteur puisse prétendre à une telle information. Mais, s'il paraît naturel d'imposer la communication d'un élément qui pourrait être déterminant dans la formation du consentement, reste à savoir si la même légitimité peut être trouvée lorsque le demandeur de crédit invoquera cette information, non plus seulement comme élément de formation du consentement, mais comme justificatif à l'octroi d'un crédit ?

51. Les scores et le droit au crédit. En d'autres termes, si l'information-résultat doit intégrer la sphère de la relation bancaire, l'on doit également envisager l'hypothèse où l'individu invoquera celle-ci pour exiger du banquier qu'il lui octroie le crédit ou qu'il maintienne le crédit préexistant. Une telle conception serait évidemment inacceptable pour le banquier qui pourrait, en se fondant sur d'autres motifs (objectifs de stratégie commerciale, nécessité de respecter les normes prudentielles...), décider de ne pas entrer en relation ou de ne pas la maintenir. C'est là un risque non négligeable qui doit être pris en considération. Celui-ci est d'ailleurs rendu d'autant plus probable que le banquier n'est pas le seul à établir de telles informations. On sait que la Banque de France produit elle-même des informations de ce type. Le demandeur de crédit, entreprise en l'hypothèse puisqu'il n'existe pas de cotation ou de score Banque de France pour les particuliers, pourrait alors non plus seulement invoquer le score produit par l'établissement de crédit mais, par exemple, la cotation Banque de France, si elle lui est plus favorable, et ce afin d'obtenir du banquier qu'il lui octroie le crédit. Une telle situation donnerait alors naissance à un véritable conflit d'intérêts entre l'établissement de crédit et le demandeur de crédit. D'un côté l'établissement de crédit, sur la base de la note interne, invoquera le droit de rompre la relation ou de ne pas la maintenir, alors que d'un autre côté le demandeur de crédit invoquera, sur la base de la cotation Banque de France, le droit au crédit. Une telle éventualité offre des perspectives très inquiétantes, notamment

au regard du principe que le banquier est entièrement libre de refuser un crédit. Se pose alors une question : la note score pourrait-elle devenir, dans l'avenir, un critère objectif devant guider les décisions des parties, et par prolongement celles des juridictions qui auraient à apprécier la responsabilité du banquier ? C'est là une question d'importance à laquelle nous tenterons de répondre dans une analyse qui se veut avant tout prospective. Reste à identifier les protagonistes susceptibles d'être intéressés par une telle étude.

6. Démarche.

52. Les protagonistes intéressés par l'étude de la dignité de crédit. Or, lorsqu'on parle de dignité de crédit d'un emprunteur c'est à un quatuor qu'il faut faire référence. En effet, la problématique est ici fort simple d'expression et revient à se demander qui peut être désigné comme emprunteur, et qui doit analyser la dignité de crédit. A la question qui peut être emprunteur, il nous vient immédiatement et naturellement à l'esprit : les particuliers et les entreprises, organisées sous la forme individuelle ou sociétaire. De cette première réponse découle logiquement celle à fournir à la seconde, à savoir qui doit évaluer cette dignité. Les établissements de crédit bien évidemment, mais également les agences de notation. En effet, s'il est indéniable que les établissements de crédit trouveront une place de premier rang dans cette analyse, nous ne pouvons d'emblée rejeter les agences de notation. Car, certaines entreprises, d'une taille suffisamment grande, ne font pas toujours appel aux établissements de crédit pour financer leurs projets, mais font appel au marché boursier. Dans ce cas, l'on peut alors dire que les pourvoyeurs de fonds ne sont plus les établissements de crédit, mais les souscripteurs à l'emprunt émis par l'entreprise en question. Cependant, ce ne sont pas eux qui évaluent la dignité de crédit de l'entreprise à rembourser sa dette, mais des agences spécialisées dont le but est alors de protéger ces mêmes souscripteurs grâce à l'analyse du risque qu'elles établiront. C'est pourquoi, cette forme d'analyse ne sera pas négligée lors de nos développements. Mais, étant donné que ces agences de notation se fondent exclusivement sur les méthodes classiques d'évaluation de la dignité de crédit, elles n'apparaîtront, comme les méthodes qu'elles utilisent, qu'accessoirement dans notre étude. Les acteurs principaux de cette dernière demeureront les organismes dispensateurs de crédit, les entreprises et les particuliers demandeurs de crédit.

53. Plan. Compte tenu de cette démarche et afin de circonscrire au mieux toute l'amplitude du sujet, il nous est donc apparu essentiel, dans un premier temps, d'envisager les questions relatives à l'information des acteurs de l'analyse ou, autrement dit, d'envisager la question de l'élaboration de l'information-résultat permettant l'exercice du discernement et donc la prise de décision (partie 1) pour, dans un second temps, nous attacher à mesurer quelles conséquences juridiques pourront être tirées de l'usage qui sera fait de cette information-résultat (partie 2).

PARTIE 1 SOURCES ET TRAITEMENT DE L'INFORMATION.

54. Problématique. Le banquier normalement avisé, c'est-à-dire capable d'agir avec prudence et avec à propos, ou l'agence de notation qui veut porter un jugement sur la personne, soit en vue de l'obtention d'un emprunt, soit en vue d'une notation de son risque, devra nécessairement rechercher la connaissance qui servira d'assise à l'élaboration de ce jugement. Or, d'après la définition apportée par un auteur, la connaissance peut se définir comme « l'état d'esprit de celui qui est informé et a la capacité de discernement »⁷⁹. Or, cette connaissance des situations, devant permettre la prise de risques raisonnables, passe nécessairement par deux étapes successives. Dans une première phase, ces protagonistes, banquiers ou agences de notation ne pourront apprécier correctement la qualité du risque qui se présente à eux que s'ils sont correctement informés. Pour cela, il leur faudra passer par une phase de recherche de l'information, au travers les différents canaux qu'il leur sera possible de consulter (titre 1). Mais, à ce stade de l'analyse, force est d'admettre que le terme « informé » est susceptible de deux acceptions, l'une que l'on pourrait dire générique, l'autre qui se voudrait plus restrictive. En effet, sous sa forme générique, le terme « informé » pourrait se confondre avec les notions de jugement, d'appréciation ou de connaissance. Être correctement informé signifierait alors avoir la connaissance, la capacité de juger et d'apprécier, et par voie de conséquence la capacité à se prononcer. Pourtant, sous une

79 André BUTHURIEUX, « La responsabilité du banquier », Litec, 1999, page 198.

acception plus restrictive, être informé pourrait signifier que l'on est bien renseigné sur quelque chose ou sur quelqu'un, que l'on possède une multitude d'informations ou de paramètres, mais de façon brute sans que cela puisse emporter le discernement ou l'appréciation. L'information entendue ainsi se réduirait donc à la connaissance de faits ou d'évènements affectant une situation ou une personne, mais sans pouvoir emporter directement la décision, c'est-à-dire le choix d'une action prise après examen. Et c'est sous ce second aspect que nous appréhenderons le terme « informé ». Ceci implique alors qu'il soit nécessaire, pour aboutir à la connaissance d'une situation et à la prise de décision, sous forme d'accord ou de notation, de passer par une seconde phase : le traitement de l'information récoltée par ailleurs (titre 2). En effet, le banquier ou l'agence de notation peut être en possession d'une masse considérable d'informations, sans pour autant que cela lui permette de porter une appréciation sur le risque de l'emprunteur ; en d'autres termes, sans que cela lui offre le discernement. Car il est vrai que les informations ainsi obtenues peuvent apporter la confusion, surtout si elles sont contradictoires, dans l'esprit de celui qui ne sait pas les canaliser et les hiérarchiser, en un mot les traiter.

TITRE 1 LES SOURCES DE L'INFORMATION.

55. Démarche. L'étude des sources apparaît à ce stade tout à fait pertinente, puisque de l'analyse de celles-ci découleront les informations nécessaires à l'étude de la dignité de crédit de l'emprunteur. Il est alors bien évident, que le dispensateur de crédit, quel qu'il soit, ou même l'agence de notation, ne pourrait se dispenser de cette phase de recherche indispensable à la connaissance de la situation. Bien évidemment, il n'existe pas une source unique à laquelle ces protagonistes pourraient faire appel pour obtenir les renseignements souhaités. La centralisation en un lieu déterminé, si souhaitable soit-elle pour les professionnels du crédit et les agences de notation, n'existe pas, ce qui complique davantage encore leur travail d'analyse du risque. C'est bien au contraire une multitude de sources qui s'offre à ceux qui aspirent à évaluer la dignité d'une personne emprunteuse, soit par le biais du marché, soit par l'entremise du banquier. Ceux-ci devront donc, s'ils veulent obtenir une information complète et fiable sur un emprunteur, s'orienter dans plusieurs directions. Ce constat est d'ailleurs accentué, dans le cas des établissements de crédit, par le fait qu'ils offrent leurs services à deux catégories de clientèles. L'une d'elles est constituée de clients qui contractent à titre professionnel, c'est-à-dire pour financer une activité économique. L'autre regroupe les particuliers qui feront appel aux crédits, soit pour financer l'acquisition d'un bien immobilier, soit pour satisfaire des besoins de la vie courante. Or, il est certain que l'information à recueillir, le degré de diligence à fournir vont varier entre ces deux classes de destinataires. En effet, le financement d'une activité économique nécessite un recueil d'informations autrement plus important que le financement d'un simple achat de consommation. Ainsi, le dispensateur de crédit à une entreprise devra, avant de s'engager, recueillir de nombreuses informations sur celle-ci. Les informations à récolter seront multiples et variées, et porteront aussi bien sur la situation financière, que sur la situation économique

et juridique de l'entreprise. Et même si cet établissement de crédit ne pourra, à l'égard du particulier, se dispenser d'un minimum d'investigations sur ces thèmes, il faut reconnaître que la diversité que représente l'individu est moins difficile à cerner que celle incarnée par l'entreprise. Un banquier normalement diligent ne pourrait donc se passer d'un minimum d'informations sur ces questions, sauf à s'exposer à un risque important de non-remboursement de sa créance. Or, ces renseignements devront être collectés auprès de différents acteurs par le banquier ou l'agence de notation. Ceci implique donc la recherche d'une certaine cohérence dans leur classification. Et s'il est vrai qu'au regard de ce qui vient d'être dit, notre étude aurait pu s'orienter vers une distinction opérée entre les sources concernant les contractants à titre professionnel et les sources relatives aux contractants à titre particulier, la réalité démontre que cette dichotomie n'apparaît pas aussi tranchée que la distinction à opérer entre sources d'origines officielles et sources d'ordre privé. Le banquier ou l'agence de notation trouvera donc ici deux grands axes de recherche de l'information. Ainsi, dans la première catégorie (chapitre 1), sera recensée toute l'information produite par la Banque de France, dont il sera observé qu'une large partie demeure réservée à l'usage exclusif des établissements de crédit. Ce qui ne pouvait qu'amener les agences de notation à s'orienter vers une autre source officielle représentée par la publicité légale. Mais cette dernière source étant loin de constituer la panacée, les agences de notation, notamment, se sont dirigées alors vers des sources d'informations que l'on dira privées (chapitre 2). Et lorsque l'on évoque cette dernière catégorie de sources, l'une d'entre elles apparaîtra naturellement à l'esprit de l'agence de notation et de l'établissement de crédit : l'emprunteur lui-même. D'ailleurs, comme nous le verrons lors de nos développements futurs, ce dernier est souvent placé par nos protagonistes, notamment par les agences de notation qui ne bénéficient pas des mêmes circuits que les banques, au frontispice de l'information utile à la connaissance de la situation. Le demandeur de crédit, qu'il soit professionnel ou simple particulier, constitue donc une source essentielle, si ce n'est la source principale offerte à ces acteurs. En effet, qui mieux que lui est en mesure de fournir la documentation retraçant l'ensemble de l'activité de l'entreprise et les événements qui ont affecté ou qui affectent sa situation économique et financière ? Mais, il est évident que, pour plus de sécurité, les établissements de crédit ou les agences de notation chercheront à diversifier leurs sources d'informations privées, spécialement, dans le cas d'un emprunteur professionnel, en faisant appel aux différents partenaires de l'entreprise, voire à ses concurrents. C'est donc à ces différentes sources de renseignements que nous allons maintenant consacrer notre propos. Et, s'il est vrai qu'*a priori* un tel développement pourrait paraître rébarbatif, il n'en demeure pas moins essentiel. Car nous verrons qu'il s'agira non seulement de présenter un panel des différentes sources, mais également de porter un regard critique sur celles-ci. En effet, toutes les sources ne sont pas à égalité sur le plan de leur pertinence ou de leur intérêt profond. Ainsi, certaines seront plus sûres, notamment quant à leur contenu, et toutes n'auront pas le même degré d'utilité pour le dispensateur de crédit ou l'agence de notation. Dès lors, dans la démarche de recherche du banquier, certaines sources apparaîtront comme incontournables et seront consultées en priorité, à l'instar de l'information diffusée par la Banque de France ainsi que celle obtenue de l'emprunteur. Car s'il est vrai que le banquier, ou l'agence de notation, doit, pour plus de sécurité dans l'opération de crédit ou dans la notation du risque, recueillir le maximum

d'informations sur l'emprunteur, celui-ci n'en doit pas moins assurer la rapidité des transactions⁸⁰. On ne peut alors demander systématiquement au banquier de consulter toutes les sources existantes. Une telle obligation serait d'ailleurs difficilement réalisable en pratique ; même si à ce stade de l'analyse de la dignité de crédit, idéalement et théoriquement, la bonne information devrait plutôt résulter de la multiplication de celles-ci plus que du choix de l'une d'entre elles. En effet, l'abondance de l'information permettra sans nul doute une évaluation plus fine à qui sait correctement en prendre la mesure. En effet, n'a-t-on pas coutume de dire que trop d'informations tue l'information ? Ceci ne peut que conforter l'idée que la phase du traitement de l'information demeure primordiale pour l'analyse de la dignité de crédit. Il nous faudra donc garder à l'esprit que l'étude des sources de l'information constitue certes le préalable nécessaire et indispensable de l'analyse de cette dignité, mais sans jamais pouvoir se transformer en condition suffisante de cette même étude.

CHAPITRE 1 LES SOURCES OFFICIELLES DE L'INFORMATION.

56. Dualité des sources de l'information. L'on peut, sous cet intitulé distinguer deux organes de diffusion : la Banque de France et les greffes des tribunaux de commerce. Tous deux recèlent des informations innombrables sur la vie d'une entreprise. Il appartiendra donc à l'établissement de crédit de se renseigner auprès de ces organismes pour obtenir un maximum d'informations. Néanmoins, il est vrai que l'on ne peut accorder la même importance à ces deux sources d'informations. Traditionnellement, les banques accordent beaucoup plus de crédit à l'information diffusée par la Banque de France. Elle constitue pour le banquier une source privilégiée⁸¹. Ce caractère privilégié découle de deux paramètres. D'une part, les établissements de crédit qui ont le monopole de la distribution du crédit sont les seuls à pouvoir accéder à certaines informations issues de la Banque de France. Ce qui leur confère un avantage particulier par rapport aux autres acteurs économiques de l'entreprise (fournisseurs notamment). D'autre part, et surtout, ce caractère privilégié provient (également) de la qualité de l'information diffusée, dont le FIBEN constitue un brillant exemple⁸². Face à l'information de la Banque de France, celle diffusée par les greffes des tribunaux apparaît bien souvent d'une moindre importance. Mais cette différence de traitement n'est pas tellement due, comme on pourra le voir, aux informations mêmes (qualité et intérêt), mais plutôt à leur mode de diffusion. Et c'est bien là le grand avantage de l'information diffusée par la Banque de France. Il est alors plus

80 Voir Jérôme ATTARD, « Le prêt d'argent : contrat unilatéral ou contrat synallagmatique ? », thèse, Aix-Marseille 3, 1998, page 45 et suivantes.

81 Dont on verra dans notre seconde partie qu'elle constitue également un élément d'appréciation de la responsabilité de l'établissement de crédit. Ce dernier sera ainsi jugé plus sévèrement que les autres créanciers du fait des moyens dont il dispose pour apprécier les capacités d'endettement d'une entreprise.

82 Nous verrons néanmoins qu'il n'est pas exempt de tout reproche, infra, n° 71 et suivants.

aisé pour l'établissement de crédit d'avoir accès à un maximum d'informations en un laps de temps relativement court. Ceci n'est pas (encore) le cas de l'information diffusée par les greffes. Il apparaît alors tout à fait pertinent d'étudier dans un premier temps (section 1) l'information issue de la Banque de France, pour aborder dans un second temps (section 2) celle issue des greffes des tribunaux.

SECTION 1 L'information de la Banque de France.

57. Rôles de la Banque de France⁸³. Historiquement, la Banque de France définissait et mettait en oeuvre la politique monétaire, notamment, dans le but d'assurer la stabilité des prix⁸⁴. Aujourd'hui, l'article L. 141 - 1 du Code monétaire et financier dispose que « La Banque de France fait partie intégrante du Système européen de banques centrales, institué par l'article 8 du traité instituant la Communauté européenne, et participe à l'accomplissement des missions et au respect des objectifs qui sont assignés à celui-ci par le traité. ». Depuis la création de la monnaie unique européenne et du Système européen de banques centrales (SEBC), la Banque de France n'a plus le pouvoir de définir la politique monétaire. Celui-ci appartient désormais à la Banque centrale européenne⁸⁵. Cependant, si la Banque de France a perdu ce rôle de tutelle, elle conserve une mission d'information⁸⁶ des acteurs économiques, parmi lesquels les banques et les établissements financiers sont les principaux bénéficiaires et utilisateurs. En effet, la Banque de France met à la disposition de ces derniers une multitude d'informations qui doit leur permettre d'évaluer les risques sur lesquels ils comptent s'engager. L'information détenue par la Banque de France est donc un outil indispensable à l'octroi de prêts, notamment aux entreprises. Celle-ci, par sa position dans le monde bancaire, était toute désignée pour recueillir un certain nombre d'informations, les traiter et les organiser sous forme de fichiers afin de faciliter leur diffusion.

58. Formalisation de l'information. C'est donc sous la forme de grands fichiers qu'apparaît l'essentiel de l'information détenue par la Banque de France. Et s'agissant de l'information sur les entreprises, son contenu peut intégrer toutes sortes d'informations sur l'entreprise elle-même, notamment sur sa situation économique et financière, mais également sur ses dirigeants (compétence, moralité...). Ceci n'est pas sans danger pour eux quant à leurs libertés individuelles. Or, si pour ces derniers il existe un organe de protection⁸⁷, il n'en va pas de même pour l'entreprise personne morale⁸⁸, qui ne peut aspirer à une protection de sa « vie privée ». Et nous verrons pourtant qu'une protection

83 Voir sur ce thème, Tristan GASTON-BRETON, « Banque de France : deux siècles d'histoire », Le Cherche Midi éditeur, 1999.

84 Voir Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précis Dalloz, « Droit bancaire », Dalloz, 6ème édition, n° 408, page 407, 1995.

85 Voir sur le rôle de la Banque de France depuis la création du SEBC, Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Droit bancaire : Institutions - Comptes - Opérations – Services », 5^{ème} édition par Jean STOUFFLET, Litec, 2002.

86 Ibidem, page 114 ; dans le même voir Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité, n° 108 ; voir également Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Droit bancaire », 4e édition, Litec, 1999 page 80, n° 159 ; C. MONTAGNIER, « La Banque de France », répertoire commercial Dalloz, n° 69 et suivants.

de celle-ci, notamment par un contrôle de l'information circulant sur elle, apparaît tout à fait justifiée à l'heure où l'information économique prend une valeur vénale importante⁸⁹, et où le développement exponentiel d'Internet vient lui ajouter une très grande mobilité.

59. Plan. L'étude de ces fichiers, tant dans leur contenu que dans leur pertinence, apparaît nécessaire. Si de prime abord, l'analyse peut paraître quelque peu fastidieuse de par son caractère énumératif, elle n'en reste pas moins essentielle pour l'établissement de crédit. En effet, de l'étude des différents fichiers découlera une multitude d'informations qui seront essentielles à l'analyse du risque, à l'étude de la dignité de l'emprunteur. Pour sa prise de décision le dispensateur de crédit ne peut alors occulter la consultation de ces grands fichiers⁹⁰. Nous proposons donc de développer quelques arguments sur ce thème selon une classification, qui, si elle peut sembler arbitraire, apporte cohérence et clarté. C'est pourquoi nous envisagerons l'analyse de ces sources de renseignements en abordant dans un premier temps les fichiers organisés selon le sujet de l'information (I), entreprise ou dirigeant, avant de se pencher dans un deuxième temps sur les fichiers déterminés selon leur objet (II), notamment incidents de paiement, afin de terminer dans un troisième temps sur ceux combinant les deux précédentes formes (III)⁹¹.

I Les fichiers organisés en fonction du sujet de l'information.

60. Plan. Sous ce titre, nous analyserons deux fichiers : le FIBEN (A) et la centrale des bilans⁹² (B). Ces deux fichiers concernent aussi bien l'entreprise en tant qu'entité autonome, que ses dirigeants personnes physiques. Ces deux registres représentent pour les établissements de crédit des instruments d'analyse fort performants dans l'étude du risque d'insolvabilité. On verra d'ailleurs que le FIBEN apparaît comme prépondérant dans la communauté bancaire de par l'ampleur des informations qui y sont contenues, dont la fameuse cotation Banque de France véritable norme de fait pour tout dispensateur de crédit.

A La banque de données FIBEN⁹³.

87 La commission nationale informatique et libertés créée par la loi du 6 janvier 1978.

88 La loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 ne visant que les personnes physiques.

89 Phénomène illustré par l'apparition et le développement des agences de renseignements.

90 En effet, la non-consultation est un indice pour apprécier la faute du banquier dans l'octroi ou le refus de crédit.

91 Ce plan est tiré de l'ouvrage de Thierry BONNEAU « Droit bancaire », Monchrétien, 2ème édition, 1996, page 487, n° 780.

92 Ibidem page 488, n° 781 à 783 ; voir aussi Jean Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité page 409 ; voir aussi Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET précité page 80 à 82, n° 161 et 162 ; C. MONTAGNIER, Répertoire Commercial Dalloz, précité, n° 71 et 74 ; Tristan GASTON-BRETON, précité, page 115 ; A BUTHURIEUX, « Responsabilité du banquier », Litec 1999 page 68 - 71, n° 149 à 152 ; voir E. Fernandez Bollo, « Structures, Réglementation et contrôle public des professions bancaires : réglementation et contrôle », Juris-Classeur « Banque et Crédit », fascicule 60, page 28 et suivantes.

61. Historique. Dès son origine, la Banque de France a constitué des fichiers de renseignements économiques et financiers sur les entreprises et leurs dirigeants pour s'assurer de la qualité des signatures du papier commercial. Les fichiers constitués à cet effet, progressivement informatisés depuis 1976, et regroupés au sein du fichier bancaire des entreprises (FIBEN), permettent aujourd'hui de répondre aux besoins propres de la Banque de France en matière de politique monétaire, telle qu'elle est décidée par la Banque Centrale européenne. Mais ils assurent également l'information des établissements de crédit, lorsque ceux-ci désirent se prononcer sur l'octroi ou le refus d'un crédit. C'est cette dernière fonction qui nous intéressera plus particulièrement. Dans cette optique, il apparaît opportun d'analyser dans un premier temps son contenu (1) avant de pouvoir se prononcer sur sa pertinence et son utilité pour l'établissement de crédit consultant (2).

1° Contenu du fichier F.I.B.E.N.

62. Informations traitées. En premier lieu, on trouve la cotation de la Banque de France que l'on peut définir comme un jugement synthétique porté par la Banque de France sur l'entreprise et ses dirigeants. La cotation Banque de France ou plutôt, devrions nous dire, les cotations Banque de France représentent la synthèse des données traitées par cette même institution et qui sont de trois ordres⁹⁴ :

- de première part, sont analysées des données descriptives, telles que la dénomination de la firme, sa nature juridique, le code de l'activité, l'adresse sociale, le nom des dirigeants et des associés, les participations etc. ;
- de deuxième part, sont intégrées à la base de données les informations comptables et financières extraites des bilans et des comptes de résultats ;
- de troisième part, les informations relatives aux incidents de paiement-effets.

En second lieu, figurent les décisions des juridictions commerciales ou civiles qui ont statué en matière commerciale. L'information ainsi récoltée par l'intermédiaire des établissements de crédit, des entreprises elles-mêmes, et des agences locales de la Banque de France, permet l'élaboration des cotations de l'entreprise et de ses dirigeants.

63. Dualité des cotations. Certes, toutes les entreprises et tous les dirigeants ne sont pas cotés à la Banque de France⁹⁵. Reste que le fichier est d'une ampleur considérable. En effet d'après la documentation Banque de France⁹⁶, fin 98, ce sont 2.562.000

93 Note d'information de la Banque de France n° 102, novembre 1995.

94 Voir Thierry BONNEAU, précité, page 488, n° 782.

95 A la lecture de la note d'information n° 102 précitée, la population recensée comprend les personnes morales et/ou les personnes physiques dont le siège social ou le domicile est situé en France et présentant un degré d'intérêt économique ou financier supérieur à 750 000 euros de chiffre d'affaires et employant plus de 20 personnes et/ou bénéficiant de crédits bancaires supérieurs à un certain seuil déclaré à la Centrale des Risques et/ou les affaires suscitant des réserves eu égard à leur situation financière, à la tenue de leur engagement, à la situation personnelle de leurs responsables et les entreprises ayant des liens économiques et financiers (notamment filiale) avec les personnes morales ou les affaires personnelles qui y sont recensées.

entreprises qui seraient recensées dans cette base de données, 1.626.000 dirigeants et 180.000 bilans annuels. C'est donc un panel assez large de la population économique qui est concerné par ce fichier et cette cotation. Cette dernière se divise en fait en deux sous-cotations : la cotation des entreprises et celle de leurs dirigeants.

64. La cotation des entreprises est représentée par la diffusion de trois cotes distinctes⁹⁷. On trouve ainsi une cote d'activité, illustrée par une lettre allant de A à J indiquant l'importance du chiffre d'affaires. Une cote de crédit, appréciée par un chiffre allant de 0 à 6, fixée par rapport à la situation financière et la rentabilité de l'entreprise, à l'appréciation portée sur son environnement professionnel et l'existence ou non d'incidents de paiement ou de procédures judiciaires. En pratique, seules quatre cotes présentent un intérêt, dont la cote 3 qui est accordée à l'entreprise qui bénéficie de l'opinion la plus favorable et la cote 6, qui à l'opposé, est attribuée aux entreprises présentant des réserves sérieuses. Enfin, en dernier lieu existe une cote dite de paiement qui indique la fréquence des incidents de paiement, et qui va de la note 7, pour les entreprises honorant régulièrement leurs échéances, à la note 9 pour celles dont la solvabilité est plus qu'incertaine. Ainsi, à titre d'exemple, une entreprise qui serait cotée A 37, aura un chiffre d'affaires égal ou supérieur à 0,75 milliards d'euros (cote A) ; bénéficiera d'une appréciation favorable (cote 3) ; et présentera des paiements réguliers (cote 7)⁹⁸.

65. La cotation des dirigeants A côté de cette première cotation, il en existe une autre qui, quant à elle, concerne les dirigeants des entités cotées par la Banque de France. Comme nous le verrons plus loin, c'est sans doute cette dernière qui suscite le plus de critiques de la part des dirigeants. Est ainsi attribuée à chacun des dirigeants une note allant de 0 à 060. La première n'est attribuée que lorsque la Banque de France ne dispose d'aucun élément d'appréciation défavorable pouvant justifier l'une des trois notes suivantes : la cote de 040 est accordée aux dirigeants dont la situation n'appelle pas de réserves, mais seulement une attention particulière⁹⁹, la cote 050 pour les dirigeants pour lesquels il existe certaines réserves¹⁰⁰, et la cote 060 pour ceux qui suscitent des réserves graves¹⁰¹.

96 Voir note d'information n° 102, in site Internet Banque de France.

97 Voir pour une étude exhaustive des différentes cotes, Alain CHOINEL et Gérard ROUYER, « La Banque et l'entreprise : techniques actuelles de financement », Revue Banque éditeur, annexes, page 51 et suivantes. « Ainsi à la lettre A correspond un chiffre d'affaires supérieur ou égal à 0,75 milliards d'euros ». Voir aussi André BUTHURIEUX, précité, page 68 et 69, n° 149.

98 Cependant, dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau ratio de solvabilité (ratio McDonough), la Banque de France a affiné et complété son système de cotation. Ainsi, on trouve une cote de crédit avec onze positions : 3++, 3+, 3, 4+, 4, 5+, 5, 6, 8, 9 et P, cette dernière lettre indiquant que l'entreprise est en procédure judiciaire. Cette nouvelle cotation n'a pas vocation à remplacer l'actuelle échelle. En effet, celle-ci n'a d'autres objectifs que de fournir aux établissements de crédit un instrument devant leur permettre de mieux maîtriser leur risque de crédit. Sur cette question voir *infra* n° 373 et suivants. Néanmoins, on ne peut nier, à ce stade de l'étude, l'intérêt que prendra une telle évolution dans le cadre de l'évaluation de la dignité de crédit des emprunteurs potentiels.

99 Dirigeants d'une société en liquidation judiciaire.

66. Indicateurs de transparence. Enfin, plus récemment, ont été introduits deux éléments nouveaux regroupés sous le vocable « indicateurs complémentaires »¹⁰². D'une part, un indicateur de transparence est accordé à l'entreprise qui accepte un échange d'information avec le consortium de ses créanciers, dont nous verrons plus loin qu'il pourrait constituer, pour les établissements de crédit, une source d'informations fiable, et pour l'entreprise, un moyen d'obtenir un crédit plus facilement. D'autre part, un indicateur d'absence ou de retard de communication des comptes vise les sociétés astreintes, par la loi, à une publication de ces documents.

67. Information à valeur ajoutée. Au terme de ce développement, on s'aperçoit que le contenu du fichier FIBEN est étoffé en informations brutes, mais surtout en informations à valeur ajoutée. C'est-à-dire l'information qui a été traitée pour aboutir à une appréciation de l'entreprise ou des dirigeants dont les différentes cotations en sont les illustrations. Dès lors, pour les établissements de crédit, il s'agit-là d'un instrument d'analyse de la dignité complet et fiable. Cette fiabilité résulte, bien évidemment, de la fonction de tutelle de la Banque de France qui l'autorise à récolter les informations, mais aussi de l'efficacité de ses services d'analyse. Il apparaît alors naturel que la cotation Banque de France ait acquis, au fil du temps, la notoriété et l'importance qui est la sienne aujourd'hui dans le monde bancaire¹⁰³.

68. Accès à l'information. Reste sous l'intitulé du contenu du fichier à traiter une question importante, à savoir l'accès à l'information. Est-ce que ces informations, ces cotations sont accessibles à tous ou ne sont-elles réservées qu'à une certaine population ? L'information contenue dans le FIBEN est une information qui ne peut être consultée que par les établissements de crédit¹⁰⁴, et ces derniers sont, en principe¹⁰⁵, tenus d'un devoir strict de confidentialité imposé par le contrat d'adhésion au système. L'accès à l'information s'effectue selon plusieurs modes d'interrogations¹⁰⁶, et concerne la cotation que l'on vient d'aborder, ainsi que les modules qui permettent une consultation groupée de différentes informations. Ainsi retrouve-t-on parmi les modules disponibles¹⁰⁷ :

100 Notamment dirigeants d'une société en liquidation judiciaire, responsabilité pécuniaire etc.
engagée

101 Ainsi, liquidation judiciaire personnelle, faillite personnelle, délit de banqueroute etc.

102 Voir note d'information n° 102 précitée.

103 Cet aspect sera développé dans notre seconde partie.

104 Ainsi que certains organismes économiques tels que la DRIRE, l'ANVAR et la DRCE.

105 Nous verrons que certains abus peuvent être commis par les cadres des banques qui diffusent parfois cette cotation.

106 Les interrogations se font par voie télématique, télex, vidéotex ou Fibor, pour une réponse immédiate sur des dossiers individuels, et par bande magnétique pour les demandes groupées, voire par télédiffusion lorsqu'il s'agit de renseignements sur une population prédéterminée ou sur un même type d'informations.

107 Voir sur les différentes consultations possibles, Lamy « Droit du financement », 2001, page 215 et suivantes.

un module qui fournit la cotation et une présentation synthétique de l'entreprise ;

un module permettant la communication de divers renseignements tels que les engagements bancaires d'une firme, ses incidents de paiement-effets, les données comptables, ses dirigeants... ;

un module d'alerte qui informe l'établissement de crédit automatiquement et immédiatement de l'évolution de la cotation de l'entreprise et de ses dirigeants, ainsi que de l'enregistrement de jugements, et d'incidents de paiement sur effets ;

un module offrant une information groupée sur la cotation Banque de France d'un ensemble d'entreprises, les incidents de paiement-effets déclarés par les établissements de crédit durant une semaine au niveau régional et national etc. Enfin, des travaux à la demande restent possibles et permettent l'information sur différentes entreprises répondant à des critères présélectionnés par les établissements de crédit demandeurs. De même que la Banque de France, sur le principe de la présentation par le banquier, peut transmettre à ce dernier un suivi sur les dossiers concernés¹⁰⁸.

69. Nécessité d'élargir le champ d'investigation. Au vu de cette analyse, certes descriptive, mais non moins utile pour l'établissement de crédit, on aura pu remarquer que le dispensateur de crédit dispose là d'un instrument d'analyse et d'information particulièrement performant. Cependant, l'établissement de crédit qui souhaite se prononcer sur l'octroi ou le refus d'un crédit à l'entreprise, peut-il se cantonner à cette seule source d'information et s'en satisfaire ? N'a-t-il pas intérêt à élargir son champ d'investigation ? Ne doit-il pas exercer un regard critique sur les informations issues du FIBEN ? Les informations contenues dans ce fichier sont-elles totalement fiables ? Sont-elles toutes pertinentes et justifiées ? C'est à ces questions qu'il nous faut maintenant répondre.

2° Pertinence du fichier FIBEN.

70. Plan. La pertinence se vérifiera tant au regard d'erreurs purement matérielles, erreurs de fichage, qu'au regard des modes d'établissement de la cotation, c'est-à-dire au regard des choix des critères dans l'élaboration de la note.

71. Erreurs de fichage. Avant toutes choses, le FIBEN étant un fichier traitant d'innombrables informations sur une population d'entreprises et de dirigeants eux-mêmes nombreux, l'on peut s'interroger sur les possibles risques d'erreurs de fichage. Ce sera par exemple le cas d'une cotation attribuée à une personne non concernée par les informations ayant permis son élaboration : on parlera alors d'erreur d'homonymie. La question n'est pas sans intérêt car une telle erreur peut avoir des conséquences graves sur l'accès au crédit d'une entreprise, au même titre qu'une mauvaise cotation résultant cette fois d'une erreur dans l'élaboration de celle-ci. A titre d'exemple, on pourra citer un incident de paiement qui n'existe pas pour cette personne, voire l'attribution d'une faillite sans fondement... Les causes d'une mauvaise cotation sont en fait nombreuses. Pour

108 Voir sur ces points note d'information de la Banque de France, n° 102 ; Alain CHOINEL et Gérard ROUYER, précité, page 45 et suivantes ; Jean-Jacques BERTHET, « Les difficultés d'information du banquier », thèse, Clermont-Ferrand, 1986, page 157 et suivantes.

illustrer nos propos nous prendrons cet exemple d'un commerçant aurillacois¹⁰⁹ qui avait souffert d'une cotation 060 au FIBEN. En effet, celui-ci voulant s'installer à Aurillac, vend sa librairie de Paris et demande un prêt de 140.000 F. (21.342 euros) sur deux ans, premier prêt qui lui sera accordé. Mais à l'issue de ces deux années il sollicite à nouveau un emprunt qu'il se voit refuser sans motif apparent. Ce n'est que le 13 avril 1992, soit quatre ans plus tard, qu'il apprend auprès de la Banque de France qu'il est très mal coté au FIBEN. La note 060 lui était attribuée sans explication, jusqu'au moment où il apprend qu'il a été confondu avec un repreneur d'une librairie qu'il avait cédée en 1981. Le repreneur avait cédé à son tour le fonds à un tiers qui, lui, avait fait faillite en 1987. Certes, cette cotation a été transformée en cote 000, mais le préjudice de ce commerçant était certain, se matérialisant par des difficultés d'installation sérieuses, car toutes ses demandes de crédit lui étaient refusées, mais également par une perte de chiffre d'affaires de 30 à 40 %¹¹⁰. Finalement l'affaire a fini par péricliter et a été mise en liquidation judiciaire en 1994. Une cotation 050 devrait donc lui être attribuée. Avec raison ? Le risque d'erreur n'est donc pas à exclure. En l'espèce il s'agissait d'une erreur grossière des services de la Banque de France qui n'avaient visiblement pas noté le changement de propriétaire. Reste que ce type de maladresse altère quelque peu la pertinence d'un tel fichier. Ainsi, tout risque d'erreur n'étant pas écarté, il devient alors nécessaire pour le dispensateur de crédit de ne pas se fier uniquement et aveuglément à la cotation de la Banque de France, ce qui pourtant est souvent le cas en pratique. Néanmoins, l'altération de cette pertinence n'est pas simplement le fait de telles fautes, mais bien plus souvent ressort d'un manque d'actualisation de celle-ci ou de simplifications abusives.

72. Simplifications abusives. Parfois, la Banque de France tire trop vite les conclusions de certains faits qui ne traduisent pas forcément la réalité. C'est là une faille de la cotation, car celle-ci est fondée sur des faits économiques, sur des informations brutes, et elle ne tient donc pas toujours compte des circonstances particulières ayant entraîné la situation. Pour éclairer notre propos nous prendrons l'exemple d'un dirigeant de sociétés cotées 060 au FIBEN suite à une succession de faillites des sociétés qu'il dirigeait. Les faits étaient les suivants : après avoir exercé des fonctions de dirigeant dans différentes affaires vendues ou liquidées, Jean-Luc A. alors PDG d'une société de télématique s'est vu refuser l'octroi d'une ligne de crédit Dailly en raison de sa cotation 060 au fichier de la Banque de France. La raison de cette cotation est qu'entre 1980 et 1984, ce dernier avait exercé, pour le compte de la région Midi-Pyrénées, des fonctions de directeur, président et gérant de sociétés soit redressées, soit vendues ou liquidées. Mais ses fonctions étaient accomplies auprès et pour épauler l'administrateur judiciaire¹¹¹. Or, la Banque de France n'avait pas pris en considération ces éléments pour établir la

109 Voir S^{ophie} ROZENFELD, Revue Expertises, n° 157, janvier 1993, page 6 et suivantes ; Cécile DESJARDINS, Option Finance, n° 540, mars 1999, page 18 ; C^{hristophe} GRAUWIN, Revue l'Entreprise, n° 122/123, décembre 1995, page 58 et suivantes.

110 De plus, ne pouvant pas payer les éditeurs, ces derniers lui ont refusé ses comptes libraires lui supprimant ainsi les marges bénéficiaires de 33 % et le paiement des livres à soixante jours.

111 Voir C^{hristophe} GRAUWIN, précité, page 59.

cotation. Une analyse plus fine des informations servant de base à l'établissement de la cote serait donc nécessaire. C'est là incontestablement une faiblesse du système de la cotation qui nuit à sa qualité. Finalement, la Banque de France ramènera sa cotation à 050, ce qui n'améliore guère la position du dirigeant coté puisque, comme on l'a vu, une telle cotation correspond à des réserves¹¹² qui rendent l'accès au crédit difficile sinon impossible. En effet, dans notre affaire ce dirigeant s'est vu contraindre de déposer le bilan. Sa cotation sera probablement amenée à 060... On peut dès lors légitimement se poser la question de savoir si l'exercice de fonctions d'assistant d'un administrateur judiciaire dans des missions de curatelle mérite ou justifie un tel jugement. En d'autres termes, la Banque de France n'applique-t-elle pas trop rapidement ses critères sans véritablement en rechercher les causes ? Il apparaît, au regard de ces dernières illustrations, une simplification abusive des informations traitées par la Banque de France au travers sa cotation. Cette cotation des dirigeants et des entreprises est à prendre avec d'autant plus de précaution que celle-ci n'est pas toujours attribuée objectivement. En effet, une des particularités, qui a ses effets pervers, est que la cotation est contagieuse. C'est-à-dire que la cotation du dirigeant influe sur la cotation de son entreprise et réciproquement. Ainsi un dirigeant d'une société cotée 6-9, dénotant une situation financière détériorée et de fréquents incidents de paiement, se verra attribuer une cote 050 révélatrice de réserves¹¹³. L'hypothèse n'est pas d'école et un directeur général d'un groupe qui était également président d'une filiale de ce groupe, avait reçu la cotation 050 suite à la faillite d'une société qu'il contrôlait. Cotation que l'on peut dire dans cette hypothèse justifiée. Néanmoins, malgré les résultats positifs et l'absence d'incidents de paiement, la filiale qu'il dirigeait s'est vue attribuer une cotation moins favorable que les autres filiales. Peut-on dire cette fois-ci que la cotation est justifiée ? Le moins que l'on puisse dire est que cette cotation opère comme une « sorte de virus administrativement transmissible », ¹¹⁴ aux conséquences graves puisque l'on sait qu'une bonne cotation à la Banque de France est déterminante pour l'obtention d'un crédit. Les établissements de crédit devraient donc être vigilants quant à la signification de la cotation et à son caractère discriminant.

73. La portée du FIBEN doit donc être largement nuancée, car outre les erreurs de fichage et une simplification pénalisante, la cotation n'est pas toujours révélatrice d'une actualité brûlante. En effet, il est vrai que la Banque de France reçoit toujours les bilans avec retard. Dès lors, la cotation est établie en fonction des anciens documents et n'est pas forcément actuelle lors de la demande de renseignements. En effet, les résultats de la société en question ont pu, entre temps, s'améliorer. Ainsi, la cote de crédit¹¹⁵ fondée

112 Cote attribuée à un dirigeant qui exerce une fonction de représentant légal dans deux sociétés en liquidation judiciaire depuis moins de cinq ans ou à un dirigeant tenu de supporter les dettes de la personne morale, quel que soit le montant de la responsabilité pécuniaire.

113 Voir supra n° 65.

114 Voir C. GRAUWIN, précité, page 60.
Christophe

115 Voir pour une analyse détaillée, J.-F. BULLE, *Droit des Sociétés*, juillet 1999, page 10.
Jean François

essentiellement sur l'analyse de la situation financière et de la rentabilité, l'existence d'incidents de paiement ou de procédures judiciaires, peut fluctuer entre deux exercices. De même, ne sont centralisées que les déclarations mensuelles d'utilisation de crédit supérieur à 110.000 euros¹¹⁶. C'est dire qu'une multitude de petits crédits ne serait pas prise en compte par la cotation de l'entreprise. Les critères ne sont donc pas toujours pertinents. On pourra prendre l'exemple du critère fondé sur l'existence ou non d'une procédure collective. Si en période de prospérité économique, la faillite apparaît comme un signe d'incompétence du dirigeant, ce critère paraît plus contestable lorsque la situation est moins prospère et que les liquidations et les redressements d'entreprises sont beaucoup plus nombreux, jusqu'à devenir presque banals. Or, les cotations 050 et 060 reposent sur ce type de critères, ce qui laisse peu de chance à celui qui souhaite recréer une entreprise. Le banquier devrait donc accueillir cette cotation avec une certaine prudence¹¹⁷. Il s'agit pour l'établissement de crédit consultant, d'une information certes intéressante afin d'éliminer les entreprises non solvables, mais qui ne doit pas constituer une cause systématique de rejet d'un crédit. L'établissement de crédit devra donc faire appel à d'autres sources d'information pour compléter cette première approche.

B Le fichier de la centrale des bilans¹¹⁸.

74. Double niveau de fonctionnement. Le fichier de la centrale des bilans constitue une source supplémentaire de renseignements pour l'établissement de crédit désireux d'accorder un crédit. S'il n'existe aucune obligation légale de consultation, il n'en reste pas moins qu'une banque qui déciderait de se passer de cet instrument d'information, diminuerait par la même la pertinence de l'analyse de la solvabilité du futur emprunteur et donc ses chances de remboursement du crédit. Il existe donc une obligation de fait¹¹⁹ de consultation de ce fichier guidée par la volonté de pérenniser son activité. Une des spécificités du fichier est qu'on retrouve son système de fonctionnement aussi bien au niveau national, avec le fichier de la centrale des bilans proprement dit, qu'au niveau européen, avec le système BACH qui tend à se rapprocher, de par les informations qui y sont contenues, de la centrale des bilans gérée par la Banque de France.

1° Au niveau national.

75. Contenu. Créée en 1968¹²⁰, le fichier assure la centralisation de plus de 36.000

116 Voir André BUTHURIEUX, précité, page 69, n° 150. Selon cet auteur « s'il y a des opérations irrégulières telles que des doubles mobilisation ou plus grave des opérations de cavalerie, les incidents de paiement sont gommés. La cotation n'est donc pas juste et fidèle »

117 Ibidem .

118 Note d'information n° 100 de la Banque de France.

119 Indépendamment du devoir de prudence susceptible d'entraîner sa responsabilité, voir infra n° 1091 et suivants.

120 Voir C. MONTAGNIER, précité, page 12, n° 74.

entreprises. Globalement, on peut dire que cette centrale dispense deux catégories d'informations : les unes concernent l'entreprise prise individuellement, les informations apparaissent alors sous la forme d'un dossier individuel confidentiel, les autres concernent le secteur d'activité de l'entreprise. Seule cette dernière forme de présentation est accessible aux établissements de crédit. On se limitera donc, pour l'instant¹²¹, à l'étude de cette source d'informations. Réalisée chaque année, cette centralisation de données individuelles aboutit à la création d'un classement d'environ 450 secteurs d'activité. Ces derniers visent à permettre au lecteur de situer une entreprise (étudiée) par rapport aux concurrents du même secteur, et ce par une comparaison des résultats de l'entreprise visée avec ceux de l'ensemble des firmes du secteur¹²². De même, si l'ampleur de l'échantillon le permet, une répartition supplémentaire des firmes de chaque secteur est effectuée en fonction de la taille de ces dernières, et ce pour arriver à un maximum de quatre tranches de taille. Chaque niveau de centralisation comporte, pour l'ensemble des firmes, et éventuellement pour les tranches de taille :

- une description des informations quantifiées sur les entreprises qui le composent (nombre, effectif, valeur ajoutée),
- quatre tableaux de 32 ratios. Et pour chaque ratio signalé une moyenne arithmétique des résultats des entreprises de l'ensemble étudié.

Cette information est consultable notamment par minitel et permet, outre la recherche alphabétique du ou des ensembles recherchés, la consultation des ratios par thème (activité et valeur ajoutée, résultats d'exploitation...). A cette centralisation sectorielle, on peut ajouter une centralisation qui, globalisée, est destinée à un large public, dont les établissements de crédit ou même les agences de notation. Cette globalisation permet d'obtenir des états statistiques :

- sur des populations déterminées par le demandeur,
- sur un certain nombre de ratios,
- sur un certain nombre d'années.

76. L'utilité du fichier. L'établissement de crédit qui désire se prononcer sur la dignité, la solvabilité d'un emprunteur trouvera par cette information un élément d'appréciation non négligeable. En effet, ces différentes informations centralisées permettront au banquier dispensateur de crédit de se renseigner sur la place de l'entreprise emprunteuse dans son secteur d'activité, sur sa place par rapport aux concurrents. L'entreprise demanderesse de crédit présente-t-elle les mêmes ratios que les autres entreprises du secteur ? Sont-ils meilleurs ou au contraire présentent-ils des faiblesses par rapport à ceux du secteur ? La réponse à ces questions permettra à l'établissement de crédit de situer l'état de forme, la santé économique de l'entreprise. De même qu'il pourra connaître l'état de santé du secteur auquel appartient l'entreprise. Or, il n'est pas inutile pour le dispensateur de crédit de savoir si le secteur d'activité dans lequel oeuvre la firme est en

121 Nous verrons plus loin, *infra* n° 208 et suivants, que le dossier individuel peut être communiqué à un établissement de crédit s'il existe un accord de l'entreprise adhérente. L'étude relève donc davantage de l'information récoltée auprès du client.

122 Voir note d'information n°100 page 13.

expansion ou en récession. Dans ce dernier cas, il est évident que le banquier devra être plus prudent et pousser plus avant l'analyse de la dignité de crédit. Néanmoins, il ne faut pas se méprendre sur l'importance de l'analyse fournie par la centrale des bilans, ni sur son interprétation. L'information mise à la disposition du banquier n'est pas révélatrice, à elle seule, de la dignité de l'emprunteur. De même que nous avons pu l'observer pour le fichier FIBEN, ce n'est là qu'un élément d'appréciation de cette dignité, qui ne dispense ou n'interdit aucunement le dispensateur de crédit de procéder à d'autres recherches. Il est bien évident que la situation d'une entreprise ne peut être jugée au seul regard de la santé de son secteur d'activité. Ce dernier élément ne peut que constituer un indice de la dignité de l'emprunteur, mais en aucune façon le critère de la solvabilité présente et future. On le voit donc, la centrale des bilans constitue pour le dispensateur de crédit une source d'informations non négligeable et ce afin de positionner l'entreprise dans son secteur d'activité et d'appréhender objectivement (à partir de données objectives) l'état de santé du secteur de l'entreprise. Observons que cette source d'information est parfaitement utilisable par les agences de notation. En effet, celles-ci, s'intéressant aux emprunts faits sur le marché, et donc au risque de non-remboursement, seront particulièrement attentives à l'environnement de l'entreprise à noter. A ce titre, une information sur les caractéristiques sectorielles et la position concurrentielle de l'entreprise apparaît tout à fait pertinente. Cette source d'information est d'autant plus intéressante qu'elle intervient également au niveau européen.

2° Au niveau européen.

77. Le comité européen des centrales des bilans. Ce comité, qui regroupe la quasi-totalité des États membres de l'Union Européenne, a pour but d'améliorer l'analyse des données d'entreprises en s'appuyant sur l'échange d'informations entre pays membres, la comparaison des techniques d'analyse et la réalisation de travaux en commun. Il est alors intéressant pour une banque de pouvoir obtenir des informations sur une entreprise européenne qui solliciterait un crédit en France. La remarque devient encore plus vraie pour les agences de notation qui, elles, ont vocation à noter les grandes entreprises. Or, ces dernières, bien souvent, ont une dimension internationale. Une information sur leur position par rapport aux concurrents à l'étranger, sur l'état de santé du secteur à l'étranger, est sans nul doute un élément d'appréciation non négligeable de la capacité de remboursement. Actuellement trois groupes ont été constitués afin de mettre en oeuvre une politique de coopération¹²³. Néanmoins, il est vrai qu'il s'agit plus, par le biais de ce comité, d'établir une démarche de comparaison des outils, que d'instaurer une démarche d'échange d'informations traitées au même titre que la centrale des bilans.

78. Le système BACH. Pour retrouver au niveau européen le schéma de fonctionnement de la centrale des bilans, il faut se référer à la base de données BACH¹²⁴.

123 Voir note d'information n° 100, précité, page 14 : un premier groupe en charge des questions méthodologiques qui axe ses recherches actuelles sur l'analyse du risque d'entreprises notamment par la méthode des scores ; un deuxième groupe qui travaille à l'enrichissement de la base de données BACH ; un troisième groupe qui a pour mission de comparer les approches des différents participants sur les entreprises du point de vue des objectifs, des schémas d'analyse ou des bases de données.

124 Voir note d'information n° 114 de la Banque de France.

En effet, cette base de données est structurée de la même façon que notre centrale des bilans. Ainsi, quant au contenu, elle regroupe des informations sur les états financiers¹²⁵ des entreprises de nombreux pays, agrégés par secteur¹²⁶ et par taille¹²⁷. Quant à son utilité, elle peut être utilisée pour des études sur l'actif, le passif, la situation financière et la rentabilité des entreprises par secteur et par taille. Ainsi, le système BACH donne à l'utilisateur un large aperçu des ratios financiers et de rentabilité des entreprises concernées. C'est donc une source d'information supplémentaire pour le dispensateur de crédits ou pour l'agence qui aura à noter une entreprise. En effet, il peut paraître intéressant de connaître la position d'un emprunteur par rapport au secteur d'activité dans un pays étranger. Il est alors évident que cette source n'aura d'utilité que pour les crédits distribués soit à des entreprises étrangères qui interviennent sur le territoire français, soit à des entreprises françaises qui ont une activité à l'étranger. Cependant, comme pour les autres systèmes d'informations, on comprendra qu'il ne s'agit là que d'une source d'information qui comporte, elle aussi, ses limites. En effet, l'utilisation de la base de données BACH suppose une bonne connaissance des règles et pratiques comptables des différents pays, une évaluation judicieuse des résultats en les vérifiant par des ratios de contrôle notamment. Ceci explique que l'essentiel de l'attention du banquier ou de l'agence de notation se dirige en direction des sources d'informations nationales, dont la centralisation des incidents de paiement représente une excellente illustration.

II Les fichiers organisés selon l'objet de l'information.

79. Généralités. Ces fichiers, fichier central des chèques, fichier national des chèques irréguliers, centrale des incidents de paiement, peuvent concerner indistinctement particuliers et professionnels, ou tantôt les particuliers, tantôt les entreprises.

A Le fichier central des chèques¹²⁸.

80. Contenu. Le fichier central des chèques a été créé en 1955 afin de faciliter l'usage du chèque en renforçant la sécurité de ce moyen de paiement¹²⁹. Dans ce fichier la Banque

125 Ibidem annexe III, IV et V. Actif, passif, compte de résultats.

126 Ibidem annexe II.

127 Ibidem annexe I ; toutes tailles : petites entreprises (chiffre d'affaires inférieur à 1 million d'euros), moyennes entreprises (7<C.A<40 millions d'euros), grandes entreprises (chiffre d'affaires supérieur à 40 millions d'euros).

128 Voir E **FERNANDEZ-BOLLO**, Structure, Réglementation et contrôle public des professions bancaires : douard «
réglementation et contrôle », Juris-Classeur, « Banque et crédit », précité, fascicule 60, page 27 ; François BORDAS, « Devoirs professionnels des établissements de crédit », Juris-Classeur « Banque et crédit », fascicule 140 page 10, n° 140 ; C. MONTAGNIER, « Banque de France », Répertoire Commercial Dalloz, page 12, n° 72 ; Thierry BONNEAU, Droit bancaire », précité, page 489, n° 785.

129 Mais son rôle a été considérablement élargi par les lois du 3 janvier 1972 et du 3 janvier 1975 et par la loi du 30 décembre 1991.

de France centralise les incidents de paiement sur chèques, les interdictions bancaires d'émettre des chèques qui en découlent automatiquement et les interdictions d'émettre des chèques prononcées par les tribunaux. Ce fichier est alimenté par les déclarations des établissements de crédit qui, lorsqu'ils refusent le paiement d'un chèque, doivent en avvertir la Banque de France¹³⁰. La Banque de France, qui est seule à pouvoir centraliser ces incidents¹³¹, assure la diffusion de ces informations aux établissements de crédit tirés de chèques et aux autorités judiciaires. De même, la Banque de France informe sélectivement les établissements teneurs de compte des interdictions bancaires qui auraient été prononcées à l'encontre de leurs clients par d'autres établissements de crédit. L'établissement déclarant a l'obligation de déclarer l'incident au plus tard le deuxième jour ouvré suivant le refus de paiement¹³² et ce dès le premier incident. En outre, depuis le 1^{er} août 1987¹³³, ce fichier centralise¹³⁴ également les décisions de retrait de cartes bancaires du réseau « CB » pour usage abusif prises par les établissements de crédit adhérents.

81. Intérêt. Ce fichier central des chèques a une utilité certaine pour les établissements de crédit¹³⁵, puisque de cette consultation, ils pourront tirer un indice de la moralité, de la dignité de crédit d'un emprunteur. En effet, un ou plusieurs incidents de paiement révéleront sans doute une situation financière délicate de son titulaire, particulier ou professionnel. De même que le retrait d'une carte bancaire peut être le révélateur d'une dignité peu élevée du bénéficiaire. La consultation de ce fichier n'est donc pas inutile pour le dispensateur de crédit, celle-ci lui permettant, d'une certaine manière, de jauger la versatilité du demandeur de crédit.

82. Finalité. Néanmoins, comme tous les fichiers, le fichier central des chèques a une finalité bien déterminée : assurer « le bon fonctionnement et la sécurité des systèmes de paiement ». L'action de centralisation des incidents de paiement par la Banque de France, vise donc à renforcer la sécurité et à réduire la fraude relative à ces moyens de paiement. Apparemment donc, la finalité de ces fichiers n'est pas de donner une information au banquier sur la solvabilité ou l'honorabilité d'un emprunteur. Dès lors, il y aurait détournement de finalité à utiliser ce fichier pour fonder une décision de crédit. En effet, il est vrai qu'au regard de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978¹³⁶, le fichier ne peut être utilisé que pour les finalités pour lesquelles il a été déclaré. A défaut de

130 Voir article 73 - 3 ajouté par la loi du 30 décembre 1991 au décret-loi du 30 octobre 1935. « L'... e tiré qui a refusé le paiement d'un chèque pour défaut de provision... en avise la Banque de France »

131 Ibidem article 74.

132 Voir article 42 du décret n° 92 - 456 du 22 mai 1992

133 Arrêté du 16 juillet 1987 du Conseil Général de la Banque de France.

134 Traitement informatique dénommé « Centrales des retraits des cartes bancaires CB » (CRCB).

135 Seuls les établissements de crédit et les autorités judiciaires ont accès à ce fichier, article 26 et 29 du décret n° 92 - 456 du 22 mai 1992 précité.

respecter cette règle, l'article L. 226 - 21 du nouveau Code pénal trouverait application, aux termes duquel : « le fait, pour toute personne détentrice d'informations nominatives à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative ou l'acte réglementaire autorisant le traitement automatisé, ou par les déclarations préalables à la mise en oeuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende ». On le voit, les peines encourues sont très fortes en cas de détournement de finalité de l'information récoltée. Sans faire appel aux peines civiles qui pourraient être prononcées sur la base de l'article 1382 du Code civil. Il suffirait, pour ce faire, que la personne qui s'est vue refuser l'octroi d'un crédit démontre que cette décision a été prise sur la base de l'information contenue dans le fichier central des chèques, et qu'elle a été utilisée par le banquier dans la décision. Encore faudrait-il démontrer la faute (détournement de finalité) ce qui n'est pas impossible, le préjudice (qui découlera d'un crédit non octroyé) mais aussi et surtout le lien de causalité (c'est-à-dire que l'information a été à la base de la décision). Ceci sera en pratique quasiment impossible à démontrer. Et ce d'autant plus qu'on voit mal un banquier s'appuyer uniquement sur cette information pour prendre sa décision. Néanmoins, le législateur a introduit une exception à l'article L. 226 - 21 du nouveau Code pénal dans le cas précis de l'utilisation des informations contenues dans le fichier. D'après l'article 14 du décret-loi du 30 octobre 1935¹³⁷ : « les dispositions du précédent alinéa¹³⁸ ne font pas obstacle à ce que les établissements de crédit utilisent ces informations comme élément d'appréciation avant d'accorder un financement ou une ouverture de crédit ». Au-delà de la simple autorisation d'utilisation des informations contenues dans le fichier à d'autres fins que celles poursuivies par la Banque de France, c'est-à-dire le bon fonctionnement et la sécurité des systèmes de paiement¹³⁹, les termes du texte montrent clairement l'utilité des informations enregistrées dans le fichier pour la prise de décision du banquier. L'existence d'incidents de paiement peut être objectivement considérée comme un indice sérieux de la confiance, de la dignité que l'on peut ou que l'on doit accorder au demandeur de crédit. Cependant, il ne s'agit là que d'un critère parmi d'autres, dont le banquier appréciera, seul, l'importance qu'il doit lui accorder dans sa décision. Le texte est clair à cet égard, puisqu'il parle d'« élément d'appréciation ». Le but étant d'offrir au banquier un instrument supplémentaire pour apprécier le bien-fondé d'une décision d'octroi ou de refus de crédit. En effet, comme nous venons de le signaler plus haut, l'existence d'un incident de paiement, peut être révélateur, dans une certaine mesure, d'une dignité, d'une honorabilité entachée. Néanmoins, il appartiendra au banquier d'être prudent quant à l'usage de l'information.

136 Voir infra n° 148, ainsi que l'article 74 du décret-loi du 30 octobre 1935 précité : « Les peines prévues par l'article 226 - 21 du nouveau code pénal sont applicables à toute personne qui utilise, à d'autres fins que celles poursuivies par le présent décret, les informations centralisées par la Banque de France en application du premier alinéa... ».

137 Modifié par la loi n°91 - 1382 du 30 août 1991 et la loi n° 92 - 1336 du 16 décembre 1992.

138 Article 74 précité.

139 Voir supra n° 57.

83. Pertinence. Deux griefs peuvent être rapportés concernant l'intérêt de cette centralisation. En effet, en premier lieu on peut se demander dans quelle mesure l'existence d'un seul incident est révélatrice d'une dignité entamée. Peut-être sera-t-il judicieux de la part du banquier de connaître l'origine de l'incident, s'il a été régularisé et dans quel délai. En effet, l'inscription au fichier n'est pas toujours due à la faute de l'émetteur, mais trouve parfois son origine dans une faute du banquier déclarant. Plusieurs exemples peuvent servir d'illustrations à notre propos. Ainsi, a-t-il été décidé par la Cour d'appel de Rennes,¹⁴⁰ qu'un commerçant avait subi un préjudice en n'obtenant pas les prêts auxquels il aurait pu prétendre du fait d'une inscription au fichier de la Banque de France. En effet, cette inscription et l'interdiction bancaire qui s'en est suivie avaient pour origine un chèque tiré sur un compte sans provision, alors que le banquier avait informé ce commerçant qu'un crédit lui était accordé en précisant son montant. La Cour précisant que ce dernier n'avait pas à attendre la confirmation du crédit par relevé du compte et que c'est à tort que la banque a annulé l'inscription du chèque. De même, a été jugé par la Cour d'appel de Toulouse¹⁴¹ que la banque qui consent un découvert plafonné à 1500 euros à son client pour un an renouvelable par tacite reconduction, commet une faute en dénonçant l'accord antérieurement à l'échéance annuelle. De ce fait, l'inscription qui résulte des rejets des chèques par la banque est constitutive d'une faute, ouvrant droit à indemnisation pour l'émetteur. En effet, l'inscription au fichier avait pour origine non pas la faute de l'émetteur, mais bien le manquement du banquier à ses obligations. On s'aperçoit, avec ces deux exemples, que l'inscription au fichier des chèques impayés n'est pas toujours due à l'émetteur, mais peut également résulter d'une faute de l'établissement de crédit déclarant. Or, si souvent la sanction d'une telle faute est, hormis l'attribution de dommages-intérêts, la radiation de l'inscription, il n'en reste pas moins que l'octroi du prêt demeure quasiment impossible par suite immédiate de l'inscription¹⁴². A cet égard, on pourra faire remarquer qu'une inscription au fichier des chèques impayés constitue davantage, semble-t-il, un critère de rejet de la demande de financement qu'un simple élément d'appréciation de la dignité de crédit. Pourtant, c'est bien plutôt une succession d'incidents qui sera le révélateur d'une dignité entachée. Car, si l'on peut excuser un incident régularisé par la suite, il est plus difficile d'accorder la même indulgence à une personne qui multiplie les chèques sans provision. Il est alors évident, dans cette dernière hypothèse, que l'individu est dans une situation matérielle précaire. Lui accorder un crédit serait pour le moins risqué, voire irresponsable.

En second lieu, et comme nous avons pu le faire remarquer pour les autres fichiers, la centralisation des incidents de paiement peut présenter, elle aussi, son lot d'erreurs de fichage. La loi a d'ailleurs pris en compte cette éventualité (en partie seulement) puisqu'à l'article 17 du décret du 22 mai 1992, il est précisé que la Banque de France peut annuler

140 Cour d'appel de Rennes du 30 juin 1981, SIMON contre caisse régionale du Crédit Agricole Mutuel, Juris-Data n° 040963.

141 Cour d'appel de Toulouse, 20 janvier 1998, Banque Populaire Toulouse Pyrénées BPTP contre DOUNOTA, Juris-Data n° 040044 ; voir également, Cour d'appel de Versailles du 09 avril 1999, SA ICD VIE contre COMPAORA KONABOURE, Juris-Data n° 04449.

142 Voir Cour d'appel de Rennes précitée.

la déclaration d'incidents de paiement sur demande du tiré, dans les cas suivants :

- lorsque le refus de paiement résulte d'une erreur du tiré,

- lorsqu'il est établi, par le titulaire du compte, qu'un événement qui ne lui est pas imputable a entraîné la disparition de la provision. Encore faut-il que la banque, pour la première hypothèse, consente à reconnaître son erreur et décide d'annuler la déclaration dans les plus brefs délais, ce qui en pratique n'est pas toujours le cas. Illustrons nos dires par la décision de la Cour d'appel de Paris datée du 23 septembre 1992¹⁴³. Commet ainsi une faute la banque qui déclare sans provision des chèques honorés le jour même de leur présentation, cette faute ayant déclenché l'interdiction bancaire du client. Faute doublée du refus d'annuler l'incident pendant la période d'interdiction, mais aussi durant le délai de deux ans, délai pendant lequel l'incident reste inscrit à la Banque de France.

Au vu de ce qui vient d'être dit, un établissement de crédit qui entend prendre une décision sur une demande de financement d'un emprunteur privé ou professionnel, devrait donc faire preuve de prudence, quant à l'importance à accorder à l'inscription. Ainsi, à défaut d'autres éléments démontrant un manque d'honorabilité ou de moralité de l'emprunteur, le banquier devrait s'informer de l'origine de l'inscription et de sa véracité, avant de prendre une décision négative qui serait alors fondée uniquement sur cette inscription. Ce fichier des chèques impayés est d'une grande importance pour le banquier, mais comme pour les autres fichiers la prudence est de mise.

B° Le fichier des incidents de paiement¹⁴⁴.

84. Contenu. Ce fichier centralise les incidents de paiement autres que les chèques « relevé sur compte bancaire dont le titulaire exerce une activité professionnelle non salariée »¹⁴⁵. Ce fichier ne recense donc que le défaut de règlement à l'échéance ou à présentation sur les ordres de paiement relatifs aux lettres de change et les billets à ordre. Les informations sont recueillies auprès des établissements de crédit domiciliataires. L'instruction du 28 août fixe le seuil de déclaration à 1500 euros par incident, ce qui peut paraître quelque peu élevé. En effet, un commerçant pourrait présenter plusieurs ordres de paiement inférieurs à ce montant sans jamais être fiché. Le fichage est mensuel, périodicité qui, elle, apparaît suffisamment courte pour assurer une information efficace.

85. Utilité et pertinence. Celle-ci est réelle pour les établissements de crédit qui disposent ici d'un moyen efficace pour mesurer la qualité des signatures de leurs clients actuels ou futurs. En effet, l'accès réservé¹⁴⁶ aux établissements de crédit leur permet d'obtenir, sous forme de relevé, les incidents de paiement qui ont été déclarés sur un

¹⁴³ Cour d'appel de Paris, 23 septembre 1992, FAHY contre SA Banque Pommier, Juris-Data n° 023160.

¹⁴⁴ Régi par le Règlement CRBF n° 86 - 08 du 27 février 1987 relatif à la centralisation des incidents de paiement et précisé par l'instruction de la Banque de France n° 3 - 86 du 28 août 1986.

¹⁴⁵ Article 1er Règlement n° 86 - 08 précité.

¹⁴⁶ En ce sens, voir François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », Litec, 2001, n°24, page 22.

même titulaire de comptes ¹⁴⁷. Cette information permet donc au banquier de se forger une opinion relativement rapide sur la moralité ou l'honorabilité du client. Reste, là encore, à savoir si les informations recensées doivent être prises sans précaution. Intervient là aussi le délicat problème des possibilités d'erreurs ¹⁴⁸ et de l'origine de l'incident. En effet, comme pour les autres fichiers, les erreurs sont toujours possibles, ce qui doit inciter le banquier à rester prudent. Nous pouvons citer à l'appui de cette remarque un arrêt de la Cour d'appel de Paris ¹⁴⁹ qui est venue reconnaître la responsabilité d'une banque qui avait déclaré des incidents de paiement de lettres de change au nom d'un de ses clients, mentionnant par erreur le numéro SIREN d'une autre société au nom de laquelle les incidents avaient été enregistrés. Cette dernière, du fait de cette erreur, s'est vue refuser un financement par son propre banquier. Ces erreurs matérielles aux conséquences graves doivent ou devraient inciter le banquier à s'informer davantage avant de prendre une décision de refus. Preuve une fois de plus que l'inscription à un fichier, en l'espèce le fichier des incidents de paiement, fonde parfois à elle seule la décision de crédit. Or, on peut se poser la question de savoir si un banquier normalement diligent, peut, pour prendre sa décision, se fonder uniquement sur une inscription dans un fichier. Mais, malgré ces travers existants, on ne peut objectivement dénier l'intérêt de ce fichier pour les établissements de crédit qui trouveront là une source d'informations privilégiée. Il est vrai que l'inscription de plusieurs incidents sera un indicateur d'une dignité quelque peu incertaine du demandeur de crédit visé. Car, s'il peut exister une erreur sur un incident, la multiplication des incidents dénote une situation difficile de l'émetteur qui ne peut être négligée par le dispensateur de crédit. Restera au banquier à déterminer si cette situation est durable ou pas. Dans cette optique, outre la consultation des fichiers déjà abordés, qui concernent uniquement les entreprises, il faut ajouter d'autres sources d'informations pour l'établissement de crédit : les fichiers dits « mixtes ». Le consultant trouvera ainsi une source supplémentaire d'informations en s'adressant à la Centrale des risques pour les professionnels et au fichier des incidents de remboursement de crédit pour les particuliers.

III Les fichiers mixtes.

86. Présentation. Parmi ces fichiers mixtes, c'est-à-dire ceux regroupant le fichage des personnes et le fichage des incidents, on retrouve le fichier central des risques et le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP). Si le premier ne concerne que les informations sur les professionnels, le second ne vise, quant à lui, que le recensement des incidents sur crédits accordés aux particuliers. Néanmoins, on pourra se demander dans quelle mesure un banquier peut interroger le FICP pour octroyer un crédit à un professionnel. Cela reviendra à se demander si l'inscription d'un professionnel dans le FICP, au titre d'un crédit qu'il aurait contracté à titre particulier, peut

147 Article 3, Règlement n° 86 - 08 précité.

148 Voir arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1995, *Quotidien Juridique* n° 98, 7 décembre 1995, page 3 ; arrêt de la Cour d'appel de Pau du 9 décembre 1997, *Juris-Data* n°.055258.

149 Cour d'appel de Paris du 12 décembre 1997, *Banque de France contre SARL TRAY*, *Juris-Data* n°023759.

être prise en compte dans la décision d'octroi ou de refus d'une demande de financement à titre professionnel. La question est sensible, notamment eu égard au principe de finalité du fichier qui restreint son utilisation pour les seules fins pour lesquelles il a été déclaré.

A La centrale des risques¹⁵⁰.

87. Généralités. Cette centrale, créée en 1946, est destinée à permettre aux banques de connaître les encours de crédit sur une entreprise, et revêt en pratique une importance considérable dans la distribution du crédit. En effet, les informations qui y sont concentrées informent utilement le banquier sur le niveau d'endettement de la personne, même s'il est vrai que des améliorations pourraient y être apportées, notamment quant au seuil de déclaration.

88. Contenu. Le fichier recense les encours de crédits accordés à des entreprises, personnes morales ou/et personnes physiques. Sont ainsi centralisés les concours délivrés par les établissements de crédit, mais aussi les arriérés de cotisations¹⁵¹ déclarés par les URSSAF, de même que les concours délivrés par la caisse des dépôts et consignations. S'agissant des crédits distribués par les établissements de crédit, il existe un seuil de déclaration maximum fixé à 76.000 euros¹⁵² par bénéficiaire et par guichet. Ce qui signifie qu'en deçà, il n'y a pas d'obligation de déclaration pour l'établissement de crédit, ce qui constitue là encore une limite à l'efficacité de ce fichier. Cependant, cette centralisation demeure assez complexe puisque pratiquement toutes les formes de crédit sont visées. Divisée en deux grandes sous-rubriques, elle regroupe aussi bien les crédits à court terme¹⁵³, que les crédits à moyen et long terme quelle qu'en soit la forme : créances commerciales, crédit d'exportation, avals et cautions, ouvertures de crédit utilisées ou pas,¹⁵⁴ etc. On le voit donc, un panel de crédits très large est concerné par cette centralisation.

89. Accès à l'information. Il faut d'ores et déjà préciser que seuls les établissements de crédit ont accès à cette information. C'est dire qu'une agence de notation qui souhaiterait connaître le niveau d'endettement d'une entreprise, ne pourrait pas utiliser cette source d'informations. Il est alors évident que les établissements de crédit possèdent un avantage considérable par rapport à ces agences. Cet avantage est justifié dans le sens où les agences ne prêtent pas, mais évaluent les capacités de remboursement d'un emprunteur sur le marché, c'est-à-dire que l'agence ne supporte pas

150 Voir François LASSERRE, « La centralisation des risques », Bulletin de la Banque de France, n° 83, septembre 92, page 75 et suivantes ; voir aussi François BORDAS, Juris-Classeur, « Banque et Crédit », fascicule 140, précité, n° 45 ; voir note d'information de la Banque de France n° 115, « La centralisation des risques ».

151 Depuis 1950 en vertu de l'article L. 143 – 14 du Code de la sécurité sociale.

152 Avant août 1997 ce seuil était fixé à 106.715 euros (700000 francs).

153 Sont considérés à court terme les crédits d'un an maximum ; voir François LASSERRE, précité, page 76.

154 Voir pour une vision exhaustive, note d'information n° 115, précité, page 3.

personnellement le risque de défaillance de l'emprunteur contrairement aux établissements de crédit. Reste qu'un accès à ces agences pourrait être envisagé. Ayant pour objectif de noter un emprunteur sur le marché, ne seraient-elles pas dignes d'accéder à cette source d'informations ? En effet, l'information du public n'est-elle pas un motif plaidant dans ce sens ? Car ce sont les souscripteurs des obligations qui, au final, supporteront les conséquences d'une mauvaise notation. Le parallèle peut donc être établi avec le risque encouru par les établissements de crédit. Néanmoins, l'obstacle risque plutôt de venir de la protection du secret des affaires, car les informations transmises à la centrale font partie, sans nul doute, de celles qui entrent dans le domaine du secret¹⁵⁵. Mis à part ce problème d'accès, il convient de s'interroger sur la réelle utilité du mécanisme. Qu'apporte la centralisation à l'établissement de crédit dispensateur de crédit ? Existe-t-il des limites à cette centralisation, à sa pertinence ?

90. Pertinence de la centralisation. Il est certain que le fichier central des risques représente une source d'informations précieuse pour l'établissement de crédit. En effet, la connaissance du niveau d'endettement d'une entreprise permet une meilleure prise de décision. D'ailleurs, c'est bien l'un des objectifs annoncés du fichier, si ce n'est l'objectif principal, c'est-à-dire permettre à tous de « répondre aussi largement que possible, mais sans risque excessif, aux demandes de crédit qui lui sont présentées par un client »¹⁵⁶. Le but affiché de la centrale est donc clair, permettre une décision éclairée d'octroi ou de refus. Cependant, comme nous avons pu le voir pour les autres fichiers étudiés, on ne peut ériger ce fichier en critère unique de décision, et ce pour plusieurs raisons tenant tant à la fiabilité même du système, qu'à son manque d'exhaustivité.

91. Les risques d'erreurs. En tant que fichier de masse, l'information qui en est issue n'est jamais totalement garantie. Le risque d'erreur n'est jamais à exclure entièrement, même s'il est faible. Ainsi, « il appartient à l'utilisateur d'exercer un sommaire contrôle de vraisemblance avant de tirer, de ce qu'il lit, des conclusions définitives »¹⁵⁷. On a vu que pour le fichier FIBEN des cas d'erreurs pouvaient se présenter (confusion, homonymie etc.). Il n'est dès lors pas unimaginable que le même genre d'erreur puisse se produire dans un autre fichier traitant en masse ces informations, tel que le fichier de la centrale des risques. L'erreur pouvant tenir, par exemple, d'un montant erroné ou d'un crédit inexistant... Il est alors impossible (voire inutile) de répertorier *a priori* les causes d'erreurs. Il suffit que l'utilisateur ait conscience de ce risque d'erreur afin de l'inciter à exécuter un contrôle de vraisemblance. Notons également que l'encours en matière de cotisations URSSAF, n'est pas tout à fait pertinent, dans le sens où la déclaration des soldes débiteurs a lieu tous les trois mois. Or, des négociations avec ces organismes peuvent amener à baisser le seuil d'endettement, qui ne serait alors connu qu'en fin de trimestre suivant. L'utilisateur devrait donc s'informer, si possible¹⁵⁸, de l'existence ou non de négociations et ne pas se décider sans s'être assuré de la portée exacte du chiffre

155 Voir François BORDAS, Juris-Classeur « Banque et Crédit », précité, fascicule 140, n° 45 in fine.

156 Décision de caractère général de la Banque de France du 7 mars 1946, organisant la centralisation des risques bancaires, note n° 115 de la Banque de France, page 2.

157 Voir, François LASSERRE, précité, page 77.

répertorié.

92. Caractère incomplet, parce que ce fichier ne recense pas l'endettement total des entreprises. Cela tient au fait que ne sont recensés que les crédits accordés par les établissements de crédit. Or, il existe d'autres formes d'endettement que le crédit envers les banques. Ainsi, à titre d'exemple, on sait que depuis la désintermédiation bancaire¹⁵⁹, certaines grandes entreprises peuvent emprunter directement sur le marché. Cet endettement ne sera pas inscrit dans le fichier. Or, on l'aura compris, l'emprunt sur le marché peut constituer une part importante du niveau d'endettement de la firme visée. La centrale ne saisira dans cette hypothèse qu'une partie de l'endettement total, ce dont doit avoir conscience l'utilisateur. Ce constat est renforcé par le fait qu'il existe un seuil de déclaration. Or, en deçà de ce seuil, il n'y a pas de déclaration obligatoire. Par conséquent, une entreprise pourra cumuler plusieurs crédits auprès de différents organismes de crédit, sans que ceux-ci apparaissent au fichier (s'ils sont d'un montant inférieur à 76000 euros). On pourrait dire, pourquoi avoir fixé un seuil ? Cette décision procède de raisons purement pratiques. En effet, un seuil trop bas aurait considérablement alourdi la gestion du système, avec une automatisation plus importante, et tous les risques d'erreurs engendrées par des contrôles de fiabilité moins nombreux et moins stricts. Il s'agit là d'un compromis, puisqu'un seuil trop relevé aurait, certes augmenté l'efficacité du système, mais aurait exclu une multitude de petites entreprises, qui ne sont pas les moins nombreuses dans le paysage industriel français.

93. Perspectives. L'intérêt de la centralisation des risques, même si elle n'est pas parfaite, pourrait encore être amélioré si les établissements de crédit (seuls ces derniers ont accès l'information) pouvaient avoir communication du risque des entreprises étrangères, au moins celles dépendant de l'Union Européenne¹⁶⁰. Or, actuellement il n'existe pas au niveau européen de procédures permettant l'échange des informations des différentes centrales des risques. On pourra juste citer la réunion de Bâle de mai et septembre 1992¹⁶¹ établissant une simple note à destination des comités des gouverneurs, faisant description des différentes centrales des risques. Certes, il n'y a pas là de quoi s'enthousiasmer, mais cela démontre néanmoins une timide volonté politique des différentes institutions nationales d'aller vers un échange d'informations en matière de risques. L'avancée serait non négligeable pour les établissements de crédit qui trouveraient ici une source d'informations leur permettant de connaître (en partie) le niveau d'endettement d'une entreprise à l'étranger. Or, dans un contexte d'internationalisation accrue des activités économiques, une source d'informations de ce type faciliterait et améliorerait considérablement la prise de décision. Ainsi, certains

158 En effet, il n'est pas certain que l'urssaf accepte de communiquer l'état des négociations.

159 Opérée dès 1991 et accrue par la loi du 2 juillet 1996. Voir sur cette désintermédiation, Thierry BONNEAU, « Droit bancaire », Monchrétien, 4ème édition, 2001, n°21.

160 Néanmoins, des contrats de coopération en matière d'échanges d'informations sont toujours possibles entre pays membres de l'Union européenne et pays tiers.

161 Voir François LASSERRE précité, page 78.

emprunteurs se verraient, peut-être, plus facilement octroyer un crédit, qui, jusqu'alors leur était refusé faute d'informations précises et fiables sur leur niveau d'endettement. Bien évidemment, un tel fichier ne sera pertinent que s'il existe des critères de classification semblables d'une centrale de risques à l'autre. L'efficacité de l'outil devra donc passer par une première phase : l'harmonisation des critères de classification des différents pays membres (de même que les informations à y inscrire). Or, pour l'heure, tel n'est pas le cas. En effet, à titre d'exemple, le seuil de déclaration est de 7.600 euros en Espagne, de 22.800 euros en Belgique, de 15.000 euros en Italie et 518.000 euros en Allemagne. Il est alors évident, dans ce dernier cas, que les petits crédits sont absents du recensement, ce qui laisse à penser que l'endettement des petites entreprises n'est pas connu. En sens inverse, en Espagne le seuil permet un bon recensement des petites entreprises, mais certainement, comme nous avons pu le signaler, au détriment de la fiabilité. Force est alors de constater qu'au niveau européen la centralisation des risques n'est pas parfaite. Ce reproche peut également être adressé à la centralisation nationale, mais, il est vrai, dans une moindre mesure. Et l'on peut dire que, globalement, les fichiers accessibles aux banques, permettent une assez bonne information des risques encourus en cas d'octroi de crédits ; le FIBEN étant sans doute la plus brillante illustration. On peut donc dresser un constat positif en matière d'informations disponibles sur les entreprises. Reste à savoir si l'on peut faire la même observation à propos de l'information concernant les particuliers.

B Le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP).

1° Fonctionnement du fichier.

94. Historique. C'est la loi du 1^{er} décembre 1989 dite loi NEIERTZ relative à la prévention des difficultés liées au surendettement des particuliers qui est venue créer ce fichier par l'entremise de la Banque de France. Désormais, les dispositions de cette loi, abrogée, ont été intégrées dans le Code de la consommation et, concernant plus précisément le fichier, à l'article L. 333 - 4. Les conditions de fonctionnement et son contenu, quant à eux, sont fixés par le Règlement du 11 avril 1990 du Comité de la Réglementation Bancaire¹⁶², modifié par un Règlement du 24 mai 1996.

95. Contenu. Ce fichier répond à une finalité principale : assurer une meilleure information des établissements dispensateurs de crédit sur l'endettement des emprunteurs. C'est-à-dire leur offrir un élément d'appréciation sur les difficultés de remboursement rencontrées par les emprunteurs, ce qui devrait leur permettre d'améliorer l'analyse du risque et de contribuer, de surcroît, à la baisse du taux de sinistre. Sans aller plus loin dans l'étude, on perçoit, d'ores et déjà, que ce fichier constitue une source d'informations privilégiée pour l'analyse de la dignité de crédit d'un emprunteur. Dans cette optique, deux types d'informations sont recensés : ainsi, d'après l'article L. 333 - 4 du Code de la consommation sont répertoriées dans ce fichier : « les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques

¹⁶² Relatif au fichier national des incidents de remoursement des crédits aux particuliers, n° 90-05, JCP (G), 1990, III, n°63873.

pour des besoins non professionnels », ainsi que les mesures conventionnelles¹⁶³ ou judiciaires de règlement du surendettement instituées par ce même code¹⁶⁴. Il ne s'agit donc là que d'un fichier dit « négatif », c'est-à-dire qui ne recense que les incidents de paiement, par opposition au fichier dit « positif » qui, lui, répertorie l'encours total des dettes d'une même personne à quelque titre que ce soit¹⁶⁵. Reste à savoir ce qu'on entend par incidents caractérisés.

96. Notion d'incident de paiement caractérisé. Constituent des incidents de paiement caractérisés¹⁶⁶ :

- pour chaque crédit à échéances échelonnées, les défauts de paiement atteignant un montant cumulé d'au moins trois fois la dernière échéance due pour les crédits remboursables mensuellement, ou l'équivalent d'une échéance pour les autres crédits, lorsque celles-ci restent impayées pendant plus de 90 jours ;

- pour chaque crédit ne comportant pas d'échéances échelonnées¹⁶⁷, les défauts de paiement des sommes supérieures à 500 euros si elles restent impayées plus de 90 jours après la mise en demeure du débiteur.

- enfin, pour tous les types de crédit, tout défaut de paiement peut aussi être « caractérisé » lorsque l'établissement de crédit a engagé une procédure judiciaire ou a prononcé la déchéance du terme après avoir vainement mis le débiteur en demeure de payer¹⁶⁸. Au regard de cette dernière disposition, il est donc permis aux établissements de crédit de déclarer un incident de paiement avant même que les délais que nous venons d'évoquer ci-dessus ne parviennent à échéance. Cette possibilité visait essentiellement à éviter qu'un même débiteur abuse d'autorisations de découvert

163 On précisera que l'article 36 de la « loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine », loi n°2003-710 du 1er août 2003 publiée au Journal Officiel du 2 août 2003, page 13281 et suivantes, codifié à l'article L. 333-4 alinéa 3 du Code de la consommation, prévoit l'inscription au fichier, « Dès que la commission... est saisie par un débiteur... ». L'ancien alinéa 3 de cet article ne prévoyait l'inscription au fichier qu'après que le dossier de surendettement ait été jugé recevable par la commission. Voir sur ce dernier point, rapport du Conseil Economique et Social, « Endettement et surendettement des ménages », édition Journaux Officiels, 2000, page 75. L'objet de la nouvelle disposition est d'éviter, par une inscription plus précoce, l'aggravation de l'endettement durant la phase d'instruction du dossier. Voir sur ce point, Alain GOURIO, « La procédure de rétablissement personnel applicable aux particuliers », JCP (E), 2003, n° 38, Actualité, pages 1449 et suivantes, spécialement page 1453.

164 Qui comprend les dispositions de l'article L. 332-11, introduites par la loi du 1^{er} août 2003 précitée. Article qui prévoit expressément que, « Les personnes ayant bénéficié de la procédure de rétablissement personnel font l'objet, à ce titre, d'une inscription au fichier prévu à l'article L. 333-4, pour une période de huit ans ».

165 Sur cette question voir infra n° 97 et suivants.

166 Article 3, Règlement CRBF n° 90 - 5 précité.

167 Il s'agira ici essentiellement des découverts, facilités de caisse, crédits relais.

168 Voir pour une vision synthétique des dispositions de l'article 3, Michel GAUDIN, « Le crédit aux particuliers », Séfi, 1996, page 119.

accordées par des établissements de crédits successifs en disparaissant sans laisser d'adresse. A défaut d'inscription, un débiteur de mauvaise foi pourrait ainsi vivre à crédit pendant plusieurs mois sans que son nom n'apparaisse au FICP. La déclaration de l'incident de paiement caractérisé à la Banque de France est obligatoire pour les établissements de crédit visés par la loi bancaire du 24 janvier 1984, ainsi que pour les services financiers de la Poste¹⁶⁹. Mais cette déclaration ne peut intervenir qu'un mois après que le débiteur ait été informé¹⁷⁰, par courrier, que l'incident va être déclaré à la Banque de France. A partir de cet instant de deux choses l'une : ou bien il y a règlement de l'incident par paiement des sommes dues ou par accord amiable¹⁷¹, et dans ces derniers cas l'inscription n'aura pas lieu, ou bien l'incident n'est pas purgé, alors l'établissement de crédit déclare le défaut de paiement à la Banque de France¹⁷². Il est alors vrai que durant ces délais, pouvant atteindre cinq mois et 15 jours¹⁷³, un débiteur de mauvaise foi pourrait s'endetter auprès d'un autre établissement de crédit, sans pour autant apparaître au fichier, alors qu'il se trouve dans une situation d'impayé. Mais, pour augmenter l'efficacité du fichier, il faudrait redéfinir la notion d'incident de paiement caractérisé en réduisant le nombre d'échéances restées impayées. Possibilité qui est offerte, rappelons-le, par l'article 3 du Règlement. Cependant, soulignons que dans le cadre de cette dernière disposition l'établissement de crédit n'est absolument pas obligé de déclarer l'incident, c'est une simple prérogative qui lui est accordée. Et encore faut-il l'existence, soit d'une procédure judiciaire, soit qu'il y ait eu déchéance du terme. On fera remarquer également, pour terminer sur le contenu du fichier, qu'un même crédit ne peut donner lieu qu'à une seule déclaration d'incident, même si par la suite les impayés se multiplient sur le crédit¹⁷⁴.

97. Limites. Comme nous avons pu le dire précédemment, le fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers ne consigne que des incidents de paiement, mais, en aucune façon, il ne donne d'indication sur le montant de l'endettement de

169 Article L. 333 - 4 alinéa 2 du Code de la consommation.

170 Et non pas cinq ou dix ans après ! Voir, pour une inscription irrégulière cinq ans après l'incident de paiement, délibération CNIL n° 03-033 du 19 juin 2003. Pour une inscription irrégulière dix ans après l'incident de paiement caractérisé, voir délibération CNIL n° 03-051 du 20 novembre 2003.

171 Article 4, Règlement CRBF précité.

172 En pratique le délai sera rallongé, car après l'écoulement du délai d'un mois suivant la mise en demeure, l'établissement de crédit recense à la fin du mois suivant tous les incidents caractérisés de paiement devenus déclarables et transmettra dans les 15 jours les informations à la Banque de France suivant l'arrêté mensuel.

173 Voir Michel GAUDIN, précité, page 120.

174 Article 5 bis du Règlement n° 90 - 05 CRBF: « lorsqu'un incident caractérisé ayant affecté le remboursement d'un crédit donné et enregistré dans le fichier, il n'est procédé à aucune nouvelle déclaration au titre du même crédit en cas de survenance d'autres incidents ou du prononcé de la déchéance du terme ou d'engagement d'une procédure judiciaire » Voir pour un cas d'application, délibération CNIL n° 03-018 du 24 avril 2003 portant avertissement à la banque FORTIS.

l'emprunteur. De plus, apparaissent à ce fichier les incidents sur tout type de crédit, quelle que soit leur qualification¹⁷⁵, mais uniquement sur crédits. C'est-à-dire que l'inscription ne concerne pas, naturellement, les éventuels incidents de paiement sur d'autres engagements. C'est là une orientation voulue du législateur qui a pris soin de ne recenser que les incidents caractérisés traduisant une situation de précarité avérée du débiteur principal, et a écarté une conception globale de la notion d'incident qui aurait consisté à prendre en considération non seulement les incidents sur crédits, mais également les incidents de toute nature tels que, loyers impayés, impôts impayés, factures d'électricité et de gaz ... En somme toutes les dettes à l'égard d'un ou plusieurs créanciers quels qu'ils soient. En France il s'agit donc d'un fichier des incidents sur engagements bancaires uniquement. Or, cette limitation, voulue, a largement été discutée notamment à la lumière de ce qui se fait à l'étranger en matière de recensement de l'endettement des particuliers.

98. Le débat sur la nature du FICP. Contrairement à la plupart des pays européens, la France a choisi la voie du fichier « négatif ». Alors pourquoi cette solution ? Un fichier positif n'améliorerait-il pas la qualité de l'information du banquier ? Mieux informé, ne serait-il pas plus à même d'apprécier la dignité de l'emprunteur ? C'est à ces questions que nous allons maintenant tenter de répondre, notamment à la lumière de ce qui se fait outre frontières.

99. Droit comparé¹⁷⁶. Actuellement en Europe, pratiquement tous les pays¹⁷⁷ ont un système d'enregistrement des incidents de paiement et/ou des dettes contractées. La plupart des pays européens ont choisi un système d'enregistrement privé, parfois même dans un but uniquement lucratif, à la différence de la France. Ainsi, dans des pays comme le Royaume-Uni, l'Italie, et la Suède, l'enregistrement des crédits est assuré par des sociétés privées qui agissent par souci de rentabilité. Par exemple, au Royaume-Uni plusieurs sociétés, Infolink, CCN Systems, Equifax..., enregistrent des données concernant les personnes physiques. Ces données ne concernent pas uniquement les incidents de paiement, comme c'est le cas en France, mais l'endettement des personnes physiques, bien souvent d'ailleurs, sans contrôle des autorités. Ce caractère lucratif dans le recensement n'est pas toujours présent chez d'autres organismes privés. L'enregistrement est alors assuré par des associations professionnelles dont le but est de fournir aux dispensateurs de crédit l'information leur permettant de mieux apprécier la solvabilité d'un emprunteur. Là encore, la centralisation ne recense pas seulement les incidents de paiement, mais également les informations sur l'endettement total. C'est le cas aux Pays-Bas avec le fichier BKR¹⁷⁸, en Allemagne avec la Schufa, en Irlande avec l'ICB¹⁷⁹. Dans ces pays, le fichage est organisé de façon à offrir au système financier des

175 Quelle que soit leur qualification ou la technique utilisée, toutes les branches du crédit sont comprises dans le champ d'application du fichage : prêts immobiliers, financement d'achats à tempérament, location avec option d'achat, location vente, prêts personnels, crédits permanents, découverts autorisés ou non.

176 Voir sur ce point M^{arie}-C^{laude} Barret - Barnay, « L'octroi de crédits en droit comparé », colloque de Dijon du 19 mai 2000, « La loi sur le crédit à la consommation à l'épreuve des nouvelles pratiques de distribution du crédit ».

177 Excepté en Grèce et au Luxembourg où pour ce dernier pays, la centralisation^{est} interdite car celle-ci se heurterait au secret bancaire. Ce dernier empêcherait alors la transmission des informations aux tiers.

données sur les engagements de crédit en cours sur une même personne. C'est l'encours total du crédit qui est répertorié et non pas seulement les incidents qui pourraient y être liés. L'objectif premier de ces centrales étant bien entendu d'assurer l'intérêt commun des institutions financières qui les composent, c'est-à-dire limiter le risque qui doit être pris sur un prêt. Il n'y a guère qu'aux Pays-Bas et en Irlande que la centralisation n'intervient pas uniquement dans le but de protéger les membres de l'association professionnelle, mais aussi dans un souci de prévention du surendettement. Il y a donc, dans ces deux pays, une volonté de poursuite d'une mission socialement responsable. Or, cet esprit de lutte contre la détresse financière se retrouve dans les fichiers gérés par les autorités publiques d'autres pays. Cette voie de fichage a été notamment choisie par la France dès 1989 (même s'il existait à l'époque la centrale professionnelle CPII, aujourd'hui disparue) et par la Belgique¹⁸⁰. Même si dans d'autres pays comme l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche et l'Italie, il existe des fichiers officiels. Mais la grande différence était, jusqu'à une date récente¹⁸¹, que les fichiers publics français et belges ne recensaient que les incidents de paiement, et non l'encours total de crédit sur une même personne. En effet, dans les autres pays que nous venons de citer, le fichage concerne l'encours de crédit et les incidents de paiement. Ainsi, par exemple en Allemagne, est recensé l'encours de crédit sur une personne supérieur à 3 millions de deutschemarks. En Espagne, sont recensées les opérations de crédit dépassant 6100 euros. On remarquera que l'instauration de ce seuil prive d'effet, pour partie, l'enregistrement, du moins en ce qui concerne les petits crédits, c'est-à-dire en pratique les crédits à la consommation, qui, on le sait, ne sont pas les moins dangereux. On le voit donc, en Europe tous les pays ne gèrent pas de la même façon les incidents de paiement et les encours de crédit sur une même personne. On peut néanmoins affirmer que, contrairement à la France, nombre de pays ont préféré l'établissement d'un fichier positif plutôt qu'un fichier négatif, qu'il soit géré par des organismes privés ou publics. La France paraît donc avoir adopté une position isolée, d'autant que la Belgique vient de mener une réflexion en vue de l'instauration d'un fichier positif¹⁸². Néanmoins, l'accord ne s'est pas fait sans difficultés de fond.

100. Le débat mené en Belgique. Dans ce pays le débat est né suite aux contestations des associations de défense des consommateurs qui reprochaient aux prêteurs une mauvaise analyse de la situation des emprunteurs. Du moins, leur

178 Bureau Kredit Registratic .

179 Irish Credit Bureau .

180 Centrale des crédits aux particuliers, qui trouve son origine dans la législation relative aux crédits à la consommation et confirmée par la loi du 12 janvier 1991 relative aux crédits à la consommation et par la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire.

181 La Belgique a transformé, par la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des crédits aux particuliers, son fichier officiel négatif en fichier positif.

182 Propos recueillis dans le cadre de la journée d'études de Dijon, précité, M. Billocq, « Les devoirs du donneur de crédit en droit belge ».

reprochait-on de ne regarder que leurs propres intérêts sans se soucier de ceux du demandeur de crédit, notamment par rapport à sa situation d'endettement. A ce reproche, les professionnels du crédit ont répondu qu'ils n'avaient pas les moyens de connaître totalement la situation financière de leurs interlocuteurs. En effet, dans les crédits à la consommation, c'est un intermédiaire-vendeur qui recueille les informations. Or, ce dernier a tout intérêt à conclure la vente, et si nécessaire, en ne révélant pas toutes les informations au prêteur. Pourtant le prêteur aura à apprécier la situation financière alors qu'il n'a pas toujours les éléments formateurs de celle-ci en l'absence de fichiers recensant l'encours total de crédit sur une même personne. De par cette impossibilité matérielle de connaître l'endettement total du demandeur de crédit, les établissements financiers pourraient arguer du fait qu'ils n'avaient pas connaissance de la situation financière de l'emprunteur, du moins qu'ils n'en avaient pas entièrement connaissance, pour se dégager de toute responsabilité en cas d'endettement excessif ou de surendettement. Les associations de consommateurs belges ont donc réclamé la création du fichier dit « positif », qui aurait pour objectif de recenser l'encours total de crédit sur une même personne physique. Ce fichier aurait ainsi vocation à informer davantage les dispensateurs de crédit, en leur offrant un système permettant une meilleure analyse du risque, une meilleure étude de la dignité de crédit d'un emprunteur. Centralisation à laquelle se sont immédiatement opposés les professionnels du crédit, pour plusieurs raisons. Le coût des installations ¹⁸³ et du fonctionnement ¹⁸⁴ à été jugé trop élevé, en l'absence totale d'études sérieuses qui mettraient en lumière les avantages, en matière de lutte contre le surendettement, d'une telle centralisation par une meilleure sélection des clients à risques. Mais, surtout, les représentants de l'association belge des banques doutaient sérieusement de l'efficacité d'un fichage positif qui ne répertierait que les engagements sur octroi de crédits, et non les autres dettes. Dans cette optique, il serait alors temps, selon l'association des banques belges, d'inscrire également les retards et les dettes concernant aussi bien les factures de gaz, d'électricité, d'eau, de fiscalité, de loyer et non pas seulement celles relatives aux crédits. Efficacité marginale, d'autant plus que, bien souvent, ce n'est qu'après la décision d'octroi qu'apparaissent les difficultés de remboursement d'un crédit ¹⁸⁵. Dès lors, pour les banques l'instauration d'un tel fichier ne résoudrait pas les problèmes du surendettement. Néanmoins, celles-ci ont tout de même accepté la création du fichier et ce pour des motifs extérieurs à leur volonté. D'une part, il existait des pressions politiques qui poussaient à la création du fichier. En effet, en Belgique et en matière de recensement des crédits à la consommation, nul besoin de modification de la loi pour transformer le fichier auparavant négatif en fichier positif, puisqu'un arrêté royal suffit pour autoriser la transformation. D'autre part, il existait tout de même une prise de conscience au sein du secteur bancaire, dans le cadre de loi sur le règlement collectif des dettes ¹⁸⁶, que les dossiers déposés faisaient apparaître l'accumulation de 10, 15 crédits sans qu'aucun dispensateur de crédits se soit inquiété de la situation, soit par ignorance de la situation, soit par souci de gagner des parts de

183 500 millions de francs belges.

184 300 millions de francs belges.

185 Divorce, chômage, maladie...

marché. Contrainte et forcée, l'association belge des banques, a accepté le principe d'une création d'une centrale positive, mais en imposant certaines conditions. La centrale doit être utilisable et réaliste. C'est-à-dire que pour cela elle devra être complète et donc recenser aussi bien les crédits à la consommation que les crédits hypothécaires. Parmi les crédits à la consommation, les ouvertures de crédit attachées à l'achat devraient mentionner la ligne de crédit accordée, et non pas seulement celle utilisée. L'association a également demandé que la finalité du fichier soit élargie afin que cette centrale puisse être utilisée à des fins commerciales pour les banques, notamment pour le placement de crédit. Néanmoins, les banques belges restent sceptiques quant à l'utilité d'une telle centrale. En effet, d'une part, le défaut de consultation de la centrale ne permettrait que de sauver des gens de mauvaise foi, puisque la loi du 12 janvier 1991 précitée oblige, en son article 10, l'emprunteur à révéler son endettement auprès d'autres banques et organismes de crédit. D'autre part, manquerait au fichier une dimension européenne, car un emprunteur pourrait aller dans un autre pays se faire octroyer le crédit souhaité. Or, hormis les cas de coopération bilatérale entre pays ¹⁸⁷, la centrale n'est pas accessible pour les établissements de crédit étrangers. Enfin, il est vrai qu'un tel fichier (positif) comporte des risques d'atteinte à la vie privée par une centralisation excessive des actes accomplis par la personne ou contractés par elle. Ce dernier élément a d'ailleurs été un des principaux arguments de rejet du projet de création du fichier positif en France.

101. La création d'un fichier positif en France. Après la création du FICP on s'est beaucoup interrogé sur la nécessité d'élargir le champ des informations pouvant être collectées. Ainsi, le rapport Leron préconisait déjà la création d'un fichier positif qui centraliserait les encours des personnes auxquelles un crédit avait été consenti, même lorsque le remboursement ne connaît ni retard ni incident. Aussi est-il possible, pour illustrer cette idée, de faire état des questions parlementaires en la matière. Ainsi, le député E. Koehl a rappelé ¹⁸⁸ que : « l'actuel FICP ne permet de contrôler ni la véracité des déclarations effectuées par les candidats à l'octroi d'un prêt sur la situation de leur endettement, ni de connaître l'état réel de leur endettement ». Selon ce député, après avoir fait état de l'augmentation du nombre de dépôts de dossiers de surendettement, « un fichier positif apparaît comme la seule mesure véritablement efficace pour lutter contre l'apparition de phénomènes de surendettement provoqués par l'accumulation de dettes auprès de différents établissements de crédit... On ne peut pas, d'un côté, reprocher aux établissements de crédit de distribuer des prêts sans précaution suffisante et vérification de la solvabilité des emprunteurs et, d'un autre côté, leur refuser les

186 L'équivalent de notre ^{dispositif de lutte} contre le surendettement des ménages, tel que prévu à l'article L. 331-1 et suivants du Code de la consommation

187 Par exemple l' ^{accès à la centrale belge, et inversement.} La Belgique a demandé une coopération de ce type à la France qui a refusé l'accès au FICP par les établissements de crédit situés en Belgique. En effet, les dirigeants de la Banque de France ont estimé qu'il y avait un risque d'atteinte au secret professionnel si d'autres établissements de crédit, situés hors de Belgique, pouvaient, via la centrale belge (dans le cadre d'un accord de coopération), accéder aux informations contenues dans le FICP. Source CD ROM Théorbe, rubrique : rapports du Comité Consultatif.

188 Citant le rapport Leron, voir 4e rapport CNIL page 405 ; Documentation Assemblée nationale, 1er février 1993 page 386.

moyens de faire ces vérifications » . Il n'empêche que cette idée est demeurée sans lendemain¹⁸⁹, du fait des dangers qu'elle représentait, et pour une efficacité incertaine. En effet, il existe un certain nombre d'inconvénients attachés à ce type d'initiatives, tels que le risque de dérive vers un fichier des interdits de crédit, pouvant conduire à des discriminations, voire à des formes d'exclusions sociales en écartant les classes les plus défavorisées de l'accès aux crédits bancaires ; le coût collectif d'une telle réalisation¹⁹⁰ ; ou encore le risque de distorsion concurrentielle entre les sphères bancaires et financières, les banques gestionnaires des comptes domiciliataires pouvant « aisément connaître l'état d'endettement de leurs clients et les démarcher pour leur proposer des crédits de substitution ». Or, de telles pratiques ne font qu'aggraver les risques de surendettement du consommateur car il arrive fréquemment qu'un rachat d'encours débouche sur une élévation importante du plafond global de crédits accordés à l'emprunteur, celui-ci revenant auprès de l'établissement d'origine pour réutiliser son ouverture de crédit initiale. De plus, les pays étrangers qui disposent de tels fichiers connaissent, semble-t-il, des niveaux d'impayés identiques à la France. La quasi-unanimité s'est donc faite pour rejeter l'adoption d'un tel fichier. Ainsi, pourrions-nous citer en illustration de cet état d'esprit, l'avis rendu le 20 mai 1992 par le Comité Consultatif auprès du Conseil National du Crédit, qui a jugé dangereux pour les libertés individuelles et le respect de la vie privée l'institution d'un fichier recensant l'ensemble des encours de crédit aux particuliers. Un tel fichier risquerait d'être détourné de sa finalité en étant utilisé, en pratique, davantage comme un outil de prospection commerciale que comme un instrument de maîtrise des risques, tant le nombre et la richesse des informations qu'il comporterait seraient importants. En effet, il est vrai qu'un fichier positif qui enregistrerait, par définition, des informations sur tous les crédits souscrits par une même personne, comporterait des données sur les éléments patrimoniaux et le mode de vie qui relèvent en tant que tel de la vie privée¹⁹¹. L'utilité d'un tel fichier est d'autant plus discutée que d'aucuns ont fait remarquer qu'il n'en serait pas pour autant plus efficace que le fichier négatif. Effectivement, des personnes fortement endettées peuvent, grâce à une gestion rigoureuse de leur budget, faire face aux échéances de leurs emprunts. En revanche, des ménages peu endettés, peuvent être à l'origine d'incidents de paiement¹⁹². S'il est vrai qu'un tel fichier donne une indication globale sur le « pouvoir payer », il n'en donne aucune sur le « vouloir payer » pourtant autrement plus important¹⁹³. De plus, comme nous avons pu le dire, pour une réelle efficacité, le fichier devrait également recenser les dettes non bancaires (gaz, électricité,

189 Voir réponse du ministre de l'économie et des finances, Ibidem .

190 La taille d'un tel fichier impliquerait une gestion à la fois complexe et onéreuse. On évalue à 15 millions le nombre d'emprunteurs qui devraient y figurer alors que 1.200.000 sont actuellement recensés au FICP, dont 980.000 au titre d'incidents in caractérisés (Banque de France, mai 97). Or, la Banque de France souligne que : « les plans de charge actuels de la communauté bancaire, du fait du passage à l'euro et de l'adaptation corrélative des systèmes informatiques, ne permettent pas d'envisager à moyen terme la mobilisation autour d'un projet très lourd dont l'intérêt final apparaît incertain ».

191 « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », documentation française, CNIL, 1997, page 75

192 Ibidem .

impôts...). En effet, à défaut, il y aurait matière à des discriminations injustifiées puisque, par exemple, un accédant à la propriété serait automatiquement fiché alors que le locataire ayant des arriérés de loyers ne le serait pas. De même, figurerait au fichier l'usager d'un compte permanent mais pas celui d'un découvert non formalisé.¹⁹⁴ Ainsi, l'efficacité et la pertinence d'un fichier qui ne serait pas exhaustif, car n'incluant pas les dettes de la vie courante, seraient sensiblement amoindries. Enfin, dans le contexte actuel d'internationalisation de l'offre, l'efficacité du fichier positif serait subordonnée à une harmonisation européenne facilitant les échanges d'informations sur la base d'une homogénéisation des données recensées et de réciprocité, ce qui n'est, pour l'heure, pas à l'ordre du jour¹⁹⁵. L'idée de création d'un fichier positif étant actuellement rejetée¹⁹⁶, il ne reste aux établissements de crédit qu'à se contenter de l'actuel FICP. Cependant, de l'avis du groupe de travail de la commission des lois et de la commission des finances¹⁹⁷, il ne serait pas inutile, sans parler de fichier positif, d'« enrichir le FICP de données complémentaires telles que :

- les saisines des commissions départementales de surendettement ;
- les impayés d'impôts constatés par le Trésor (impôt sur le revenu, taxe d'habitation...);
- les impayés constatés par EDF-GDF et France télécommunications ;
- les impayés constatés par les compagnies d'assurances relativement aux primes de mise en recouvrement »¹⁹⁸.

Il est vrai, toutefois, que l'extension du fichier à ces données posera le problème de

193 Voir exposé Jean-Claude NASSE, journée d'études de Dijon, précité.

194 Voir dans ce sens, réponse ministérielle, 14e rapport CNIL, page 405.

195 Toutefois, la directive européenne du 24 octobre 1995 offre la possibilité des flux transfrontaliers de données au niveau européen. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281, 23 novembre 1995.

196 Confirmée par une réponse ministérielle de 1995 à la question d'un député qui demandait d'étudier « la mise en place d'un système tel qu'il existe dans d'autres pays, où toutes les demandes de crédit seraient systématiquement centralisées et vérifiées par rapport aux revenus des emprunteurs par un organisme qui accepterait ou refuserait le crédit ». Le ministre a alors fait valoir que la création d'un tel organisme n'était pas envisageable compte tenu notamment de l'ampleur des coûts de recensement de l'ensemble des dettes contractées par les ménages, du risque de déresponsabilisation des établissements prêteurs et du fait qu'un tel système pouvait être vu comme attentatoire aux libertés publiques. Ouvrage CNIL, précité, la documentation française, pages 75 et 76.

197 Institué au printemps 1997 afin de dresser un bilan de la loi du 1er décembre 1989 sur le surendettement. Bilan plus connu sous le titre : rapport LERON.

198 Il faudra néanmoins réserver dans ce dispositif, les cas où il existe un contentieux avec l'institution concernée. En effet, dans cette dernière hypothèse il serait préférable d'attendre une décision définitive qui pourrait provenir soit d'un accord amiable, soit d'une décision de justice.

l'accès aux informations. Jusqu'à présent, seuls les établissements de crédit avaient accès à l'information, le secret bancaire assurant la confidentialité. Qu'en serait-il si des organismes extérieurs pouvaient avoir accès aux informations contenues dans le FICP ?¹⁹⁹ L'idée d'un fichier positif étant écartée²⁰⁰, reste à nous demander quelle peut être l'utilité d'un fichier ainsi diminué pour le dispensateur de crédit ? Pourra-t-on dire que les informations contenues dans le FICP sont révélatrices de la dignité de l'emprunteur ? Et dans quelle mesure ? C'est à ces questions que nous allons maintenant tenter d'apporter une réponse.

102. L'utilité du fichier pour la profession. À n'en pas douter, le FICP est une source d'informations précieuse pour les établissements de crédit. Et ce d'autant plus qu'ils sont les seuls à avoir accès à cette source. La consultation du fichier devrait permettre aux dispensateurs de crédit de savoir si le demandeur connaît des difficultés de remboursement sérieuses. Car, en effet, n'oublions pas qu'à un fichage correspond une situation grave d'impayé. Dès lors, une inscription au fichier apporterait un éclairage saisissant à l'établissement de crédit. On pourrait même se demander si l'inscription au fichier ne devrait pas systématiquement aboutir à un refus de crédit. Ce qui revient à s'interroger sur le point de savoir si le fichage au FICP est révélateur de la dignité de crédit. Que les informations inscrites soient révélatrices d'un certain degré de dignité, c'est indéniable. Pour autant, il ne faudrait pas ici faire l'amalgame entre dignité et moralité ou honorabilité. La dignité devra être comprise en l'espèce, plutôt comme une solvabilité de l'emprunteur. En effet, comme nous avons pu le dire, si le FICP révèle, dans une certaine mesure, une capacité à payer, il n'est nullement révélateur d'un vouloir payer. L'emprunteur peut donc conserver intacte sa volonté d'honorer ses dettes, tout en connaissant des difficultés. C'est donc dire que l'inscription au FICP ne doit pas, selon nous, entraîner un refus de crédit systématique. Reste qu'en dernier lieu, pour reprendre un auteur²⁰¹ : « si l'inscription au fichier n'est pas en elle-même un obstacle à l'octroi de crédits, elle constitue une information dont chaque établissement peut tirer des conséquences qu'il estime adéquates ». En conclusion, il appartiendra à l'établissement

¹⁹⁹ Pour un début de réponse, rapport LERON, précité, page 103.

²⁰⁰ Pour l'instant, car dans son rapport d'activité pour l'année 2000, la CNIL « a décidé de procéder à une large consultation tant auprès des professionnels, des associations de consommateurs que des autorités régulatrices du secteur ». De plus, la proposition de directive relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires, et administrative des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs, dans son article 8, semble accorder plus de crédit à ce type de fichier. Le dernier paragraphe de cette disposition prévoit que, « Les Etats membres peuvent aller plus loin en créant des bases centralisées de données de type positif enregistrant tous les engagements des consommateurs en matière de crédit. Le prêteur disposera ainsi d'un instrument encore plus fiable par rapport au fichier négatif, lui permettant de vérifier si un consommateur... aurait conclu d'autres contrats de crédit... qui ne font pas l'objet d'un contentieux mais dans la charge totale serait telle qu'un crédit supplémentaire serait insupportable pour le consommateur... ». On remarquera cependant que tel que formulé, enregistrement des engagements « en matière de crédit », un tel fichier ne permettra pas de connaître le total des dettes du consommateur. Reste que cette formulation est davantage respectueuse de la vie privée des personnes. D'autant plus que l'article 7 de cette même proposition de directive prévoit bien que les informations inscrites sur le fichier ne pourront que servir à l'appréciation de la situation financière de l'individu au moment de la demande de prêt, puisque après analyse du dossier l'établissement de crédit devra détruire « immédiatement » les données. Com (2002) 443 final, page 14.

de crédit d'apprécier l'influence d'une inscription au FICP sur la dignité d'un emprunteur. Va-t-il privilégier le pouvoir payer ? Dans ce cas l'inscription sera alors vraisemblablement révélatrice d'une incapacité de remboursement, et donc synonyme de refus de crédit²⁰², que l'on a pourtant voulu éviter lors de la création du fichier²⁰³. Va-t-il également prendre en considération la notion de vouloir payer ? Et alors, il s'informerait davantage sur les causes de l'inscription, surtout sur l'évolution future de la situation du demandeur. La dignité, dans l'acception que nous lui avons donnée ci-dessus, ne sera alors pas irrémédiablement entamée. Dans cette dernière hypothèse, le banquier devra être extrêmement prudent dans son analyse et sa décision. Car, son défaut de diligence dans l'octroi d'un crédit sera sévèrement jugé²⁰⁴. Ainsi, l'octroi d'un crédit malgré l'inscription au FICP deviendra un indice important de sa responsabilité. Voilà donc le banquier pris entre deux feux : d'une part, éviter le refus systématique sur la seule base d'une inscription, et d'autre part, éviter une mise en responsabilité pour octroi excessif de crédit. Dès lors, le choix entre ces deux impératifs aboutit, en pratique, à transformer l'inscription au FICP en vice rédhibitoire quant à l'octroi d'un éventuel crédit. S'il n'existe pas, de droit, un lien systématique entre l'inscription et le refus, celui-ci apparaît, de fait, dans les décisions des établissements de crédit. Et il faut bien l'avouer, l'établissement de crédit protège ainsi doublement ses intérêts en évitant, d'une part, sa mise en responsabilité, et d'autre part, un risque de non-remboursement fortement augmenté par une inscription au fichier, même si celui-ci ne recoupe pas l'entière dignité de crédit du demandeur. Il appartiendra alors à l'établissement de crédit de s'informer davantage sur la situation du demandeur afin de déterminer si les difficultés sont persistantes, ou, au contraire ont disparu ou ont vocation à disparaître. Comme pour les autres fichiers, l'information recensée ne doit être qu'un élément d'appréciation et non pas le critère unique de décision. A défaut, ce serait admettre que la situation de l'emprunteur soit insusceptible d'évolution dans le temps. Or, si on admet qu'une situation peut se dégrader, force est d'admettre avec nous qu'elle peut s'améliorer.

103. Pertinence. Dans un même ordre d'idées, reste à savoir si l'on peut se fier aveuglément aux informations qui sont contenues dans le fichier. S'il est indéniable, comme nous venons de l'affirmer, que ce fichier est d'une grande utilité pour le dispensateur de crédit, encore faut-il s'interroger sur la fiabilité des informations qui y sont inscrites.

201 Thierry BONNEAU, « Droit bancaire », page 492, en référence à la note d'information de la Banque de France n° 93, novembre 1992.

202 D'après le Conseil Economique et Social, rapport précité page 80, « il faut toutefois préciser qu'une inscription au FICP n'entraîne pas, de droit, une interdiction mais constitue uniquement un élément d'information pour l'établissement qui interroge le fichier ». Cela étant, c'est un élément qui est très sérieusement pris en compte par les établissements puisqu'il révèle que le débiteur n'a pas respecté ses engagements vis-à-vis d'un créancier antérieur.

203 Sophie JIDARA, « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999, n° 312, page 259 : « ... Le fichier des incidents de paiement ne doit pas se transformer en fichier des interdits de crédit, mais rester strictement un outil de lutte contre le surendettement ».

204 *Infra* n° 1087 et suivants.

104. Pertinence au regard des informations contenues dans le fichier. Nous avons déjà longuement exposé les réserves qui ont été émises lors de la création du fichier. Le choix a été fait d'adopter un fichier négatif. Or, un tel fichier est-il apte à informer correctement le dispensateur de crédit sur la dignité d'un emprunteur ? La question est d'importance puisque de cette réponse dépendra la place que le dispensateur de crédit devra accorder à la consultation (renseignements tirés de celle-ci) dans sa décision. Pertinence qui pourrait être altérée par une attitude répréhensible de la part du banquier. En effet, la non-inscription au FICP peut résulter de la faute d'un établissement de crédit qui, pour éviter ce fichage, octroiera un nouveau crédit, ce dernier ayant pour finalité de rembourser les précédents crédits. Le procédé n'est pas d'une déontologie à toute épreuve, mais a libre cours en pratique²⁰⁵. De même, il est possible qu'un établissement de crédit consente un nouvel emprunt à un demandeur en difficulté, sans avoir connaissance de l'existence d'autres crédits si le demandeur n'en a pas fait état²⁰⁶.

105. Pertinence eu égard aux risques d'erreurs de fichage possible. C'est une question que nous avons abordée lors de l'étude des autres fichiers et qui nous a révélé, si performant que puisse être le système d'enregistrement, que les erreurs sont toujours possibles. Or, le FICP ne sera pas l'exception qui confirme la règle. Des erreurs peuvent toujours s'y glisser (homonymies, déclarations non fondées...). Mais il est vrai, qu'eu égard à la masse d'informations traitées, très peu d'incidents se sont révélés sur ce fichier. Ce risque d'erreur justifie, notamment, que certaines garanties soient accordées à la personne fichée.

2° Garanties apportées au fiché.

106. Dualité des mesures. Certaines d'entre elles visent à conférer des droits particuliers à la personne inscrite au FICP. Il s'agira essentiellement du droit d'accès, et son corollaire, le droit de rectification. D'autres mesures permettront, sans intervention de la personne, d'assurer la protection de ses intérêts par un accès limité au fichier, par une finalité prédéterminée et par un droit à l'oubli.

a./ Les droits directs des personnes fichées.

107. Matérialisation. Ces droits accordés aux personnes vont se concrétiser par :

- une information de l'emprunteur sur l'existence du FICP par une clause du contrat signé lors de la demande de prêt. De plus, celle-ci est complétée dès qu'un incident caractérisé est constaté par l'établissement de crédit, qui doit alors informer l'emprunteur défaillant que l'incident va être déclaré à la Banque de France s'il ne régularise pas sa situation dans le mois qui suit cette notification. A défaut, l'établissement de crédit l'informerait de la teneur des informations qui seront transmises à la Banque de France pour enregistrement²⁰⁷.

- un droit d'accès et de rectification²⁰⁸ concernant les informations qui y sont

205 Voir rapport commission des lois précité page 69.

206 Rapport Conseil Economique et Social précité page 73.

répertoriées. Le droit d'accès s'exerce auprès des guichets de la Banque de France, sur l'ensemble des informations concernant la personne, ainsi que sur toutes explications sur le fondement des dispositions légales et réglementaires relatives à la centralisation des incidents. Il peut également s'exercer auprès de l'établissement de crédit déclarant. En aucun cas les organismes visés ne peuvent délivrer une copie des informations contenues dans le fichier²⁰⁹. Pourquoi de telles mesures ? Ceci dans le but d'éviter que la copie qui serait délivrée puisse constituer une sorte de certificat de solvabilité, voire de moralité²¹⁰. En effet, la non-inscription au fichier serait alors révélatrice d'une bonne situation financière, alors qu'une inscription jetterait un sérieux doute sur celle-ci. Ainsi, la demande de copie pourrait provenir des différents créanciers soucieux de préserver leurs droits, tels, par exemple, les bailleurs, mais au risque d'une catégorisation des individus. Il deviendrait en effet très difficile pour ces derniers de trouver un logement, ce qui les précipiterait ainsi vers l'exclusion. Pour ces raisons, il est apparu nécessaire au législateur de ne prévoir qu'une consultation orale pour l'intéressé. Corollaire de ce droit d'accès, la possibilité de rectifier les éventuelles erreurs qui auraient pu être commises lors de leur enregistrement. Faisons remarquer que lorsque l'intéressé exerce son droit d'accès auprès de l'établissement de crédit déclarant, la rectification, s'il y a lieu, reste liée à « la diligence et la bonne volonté »²¹¹ de ce dernier. C'est pourquoi la CNIL dans une délibération du 29 mai 1990²¹² a demandé que l'établissement de crédit procède, dans les meilleurs délais, à la rectification et qu'il en informe l'intéressé dans un délai raisonnable. Mais à défaut d'accomplissement de ces diligences par les établissements de crédit²¹³, le fiché pourrait saisir la Banque de France pour qu'elle procède à la rectification.

b./ Protections extrinsèques à la volonté du fiché.

207 Remarquons que seront transmis les renseignements concernant l'identité de l'emprunteur défaillant et la nature du crédit, mais sans référence au montant du crédit lui-même.

208 Voir infra n° 160 et 163. Pour des atteintes au droit de rectification, voir délibération CNIL précitée du 24 avril 2003 et délibération CNIL précitée du 20 novembre 2003 portant avertissement au crédit immobilier de France.

209 Voir Code de la consommation, article L. 333 - 4 alinéa 7. A défaut une peine d'amende de 15000 euros est encourue d'après l'article 43 de la loi du 6 janvier 1978, dite « loi informatique et libertés ».

210 Voir, « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité, page 78. Voir aussi, Michel GAUDIN, précité, page 123 ; 11e rapport d'activité de la CNIL, page 150.

211 Ibidem, 11e rapport d'activité de la CNIL, page 150.

212 Délibération n° 90 - 72 du 29 mai 1990 portant avis sur la mise en oeuvre par la Banque de France d'un traitement automatisé d'informations nominatives relatives à la gestion du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers, 11e rapport CNIL, précité, page 150 et suivantes.

213 On peut toutefois facilement imaginer, dans ce cas, que l'intéressé mette en cause la responsabilité de l'établissement de crédit sur la base de l'article 1382 ou de l'article 1147, s'il en résulte un préjudice pour lui.

108. Plan. La création du fichier ne s'est pas faite sans précaution. Aussi, afin d'assurer la protection des droits des personnes susceptibles d'être inscrites dans ce fichier, (essentiellement protection de la vie privée) un certain nombre de dispositions ont été introduites à cet effet, dont le principe de finalité et le droit à l'oubli.

b-1 Principe de finalité.

109. Démarche. Afin d'exposer de façon concrète le principe de finalité, il n'est pas inutile, après une présentation sommaire de ce dernier (b-1-1), de s'arrêter sur quelques cas de détournement survenus ou susceptibles de naître lors de l'utilisation du FICP (b-1-2).

b-1-1 Cadre de la consultation.

110. Un accès limité en vue des seules opérations de crédit. La première garantie a été de préciser que l'accès aux informations serait strictement limité aux établissements de crédit, et pour une finalité bien déterminée. En effet, l'utilisation du fichier de la Banque de France est strictement encadrée et soumise à une double contrainte : il ne peut être utilisé que par les établissements de crédit, et dans le cadre d'opérations se rattachant à l'octroi ou la gestion d'un crédit²¹⁴. Cependant, il est vrai qu'en pratique ces deux obligations sont bien souvent intimement liées, le défaut du respect de l'exclusivité d'utilisation entraînant à coup sûr la violation du principe de finalité (au minimum). Ainsi, pour illustrer nos propos nous est-il possible de citer quelques exemples particulièrement démonstratifs de la violation des dispositions de l'article 10 du Règlement CRBF.

b-1-2 Cas d'application.

111. Détournement de la finalité de lutte contre le surendettement. Celui-ci a été relevé par la commission dans une délibération du 12 septembre 1995²¹⁵, à propos d'une plainte d'un particulier dénonçant la transmission à son employeur, par les établissements de crédit, de renseignements le concernant issus du FICP. Dans cette affaire, l'entreprise dont dépendait le plaignant, avait demandé au Crédit Commercial de France, l'ouverture d'un compte au nom de son comité d'établissement. Or, la banque, s'apercevant que le client était inscrit au FICP et constatant qu'il était habilité à cosigner des chèques en cas d'empêchement du trésorier, a pris l'initiative de communiquer l'information à l'entreprise. Le salarié a par la suite été informé par cette dernière d'un fait qui appartenait à sa vie privée et n'avait pas à être porté à la connaissance de son employeur. Il y avait donc bien là un détournement de finalité puisque le fichier avait été utilisé, non pas dans le seul but de protection du surendettement²¹⁶, mais comme un fichier de renseignement et de moralité. Sur ces faits, la CNIL a pris soin de rappeler que, d'une part, la consultation du FICP par la banque à l'occasion de l'ouverture du compte pouvait constituer une collecte illicite d'informations et un détournement de la finalité du

²¹⁴ Il n'a pas, en revanche, pour objectif « la mise en commun entre les banques, les établissements de crédit ... d'informations relatives à leurs débiteurs », délibération CNIL précitée du 20 novembre 2003. Dans le même sens, voir délibération CNIL précitée du 19 juin 2003.

²¹⁵ Délibération n° 95 - 105 du 12 septembre 1995 portant avertissement au Crédit Commercial de France (succursale de Nancy), 16e rapport CNIL, page 192 et suivantes.

FICP²¹⁷, et que d'autre part, si la banque peut consulter le FICP comme élément d'aide à la décision dans le cadre d'un octroi de crédit, les informations qu'elle recueille par ce biais sont bien entendu strictement réservées à l'usage des seuls établissements de crédit. Or, en l'espèce la communication à l'employeur de l'inscription au FICP a été faite à un tiers non autorisé. Il est alors évident que la banque a failli au principe de finalité instauré quant au fichier en utilisant et communiquant les informations à d'autres fins que l'octroi et la gestion de crédits. Il n'est pas inintéressant de relever au passage que, au regard des dispositions du Code monétaire et financier, telle communication constitue une violation du secret professionnel bancaire²¹⁸ qui aurait vocation à être sanctionnée²¹⁹. Au surplus, cette même communication tombait également sous le coup de l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978, qui instaure un principe de sécurité des données. Cette règle oblige l'utilisateur à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité desdites données, notamment empêcher leur déformation, endommagement ou leur communication à des tiers non-autorisés²²⁰. Un exemple ressortant cette fois de l'accès abusif au FICP peut être cité pour les besoins de notre raisonnement.

112. Détournement de la finalité par un usage abusif du FICP. Il ne s'agissait plus d'une communication à une personne non autorisée, mais d'un accès au FICP par une personne non autorisée dans un but totalement étranger à une opération de crédit²²¹. Plus précisément, la personne chargée de l'ouverture des différents services de Carrefour (crédit, téléphonie mobile, assurance - vie...) pouvait interroger le FICP à travers l'application « prêts personnels », alors même que le client ne souhaitait pas obtenir de

²¹⁶ Seule finalité admise par le règlement n°90-05 du 11 avril 1990 et par la CNIL. En effet, selon cette dernière le « FICP...constitue un instrument de lutte contre le surendettement des particuliers et ne saurait être utilisé à d'autres fins par les banques... », Délibération précitée du 24 avril 2003.

²¹⁷ En effet, lors de l'ouverture d'un compte, le FICP ne doit pas être consulté puisque ce n'est pas sa finalité. Dès lors, aller contre ce principe c'est faire usage illicitement et déloyalement du fichier, celui-ci n'ayant pas vocation à être utilisé pour les opérations d'ouverture de compte mais seulement pour les opérations de crédit. Rappelons que la collecte illicite et déloyale d'informations est interdite par l'article 25 de la loi du 26 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés, et sanctionnée par l'article L. 226-18 du Code pénal.

²¹⁸ Article L. 511-33 et suivants du Code monétaire et financier, dont nous verrons plus loin un cas d'application.

²¹⁹ D'ailleurs, dans son avertissement la CNIL a décidé « compte tenu de la violation du secret professionnel par la succursale du CCF, de transmettre la présente délibération à la Commission Bancaire, chargé de sanctionner les manquements constatés en vertu de loi bancaire de 1984 ».

²²⁰ Disposition dont nous verrons plus loin un cas d'application relevé par la jurisprudence de la Cour de cassation, voir infra n° 85' et sanctionnée par l'article L. 226-22 du Code pénal. On peut alors penser qu'une telle communication pourrait donner lieu à une recherche de responsabilité sur la base de l'article 1382 du Code civil s'il en résultait un préjudice pour l'employé de cette entreprise.

²²¹ Voir, 17e rapport CNIL, délibération n° 96 - 032 du 2 avril 1996 relative à la mission de contrôle effectuée le 4 octobre 1995 auprès de l'établissement Carrefour de Sartrouville, page 161 et suivantes.

crédit. Et plus généralement, le système informatique n'isolait pas les différentes applications (crédit, radiotéléphonie...) de sorte qu'une inscription au FICP apparaissait à l'écran en toutes circonstances. Par cette possibilité d'interconnexion illégitime entre les applications « radiotéléphoniques » et « prêts personnels », la société en question ne faillait pas seulement au principe de finalité, mais accédait abusivement aux renseignements contenus dans le FICP²²². En effet, l'accès étant réservé à l'usage exclusif des établissements de crédit dans le cadre d'opérations de crédit, l'entité n'avait pas à accéder au fichier (même si elle y était autorisée en tant que dispensateur de crédit) alors qu'elle n'agissait pas en qualité d'établissement de crédit, mais comme simple vendeur de téléphones. Il est alors clair, en référence à ce cas concret, que la consultation du FICP doit satisfaire aux règles édictées par les textes quant aux circonstances justifiant son accès et son utilisation, c'est-à-dire, dans un cas comme dans l'autre, pour les opérations d'octroi et de gestion des crédits. En dehors de ces hypothèses limitativement définies, le FICP ne peut servir de source d'informations pour l'établissement de crédit, ni pour un tiers non autorisé qui aurait accédé de façon illégitime, voire frauduleuse²²³ à celui-ci. Dans un même ordre d'idées, se pose à nous la question de savoir si le principe de finalité peut s'appliquer ou doit s'appliquer à une interrogation du FICP pour l'octroi de crédits à un professionnel.

113. Détournement de finalité et destination du crédit. Cette interrogation n'est pas d'une résolution aisée si l'on se réfère à la fois, à l'imprécision du texte, à l'esprit de la loi, et aux objections pouvant naître de la théorie juridique. Il semble toutefois qu'il soit possible d'apporter une réponse par une synthèse des ces différentes sources.

114. La lettre du texte. On constate, en effet, que ni la loi, ni les textes réglementaires ne disent mot sur ce thème. Il est simplement dit que le FICP vise à recenser les informations « sur les incidents de paiement caractérisés et survenus à l'occasion du remboursement des crédits accordés à des personnes physiques... pour le financement de besoins non professionnels »²²⁴. De même, il est dit dans ce même règlement²²⁵ que « pour l'application du présent règlement est considéré comme crédit tout acte par lequel un établissement de crédit met des fonds à la disposition d'une personne physique pour le financement de ses besoins non professionnels... ». Certes, à la lecture de ces dispositions²²⁶, ce sont bien les crédits accordés dans un but non professionnel qui sont répertoriés, mais il n'est nulle part fait mention d'une quelconque

222 La CNIL rappela à cette occasion que toute communication de données à des tiers non autorisés pouvait justifier l'application des sanctions prévues à l'article L. 631-21 du Code monétaire et financier. Ainsi, le service financier de Carrefour encourrait aux termes de l'article L. 613-21 I. 6, jusqu'à « la radiation de l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement de la liste des établissements de crédit ou des entreprises d'investissements agréés ». Voir également les sanctions prévues par l'article L. 226 - 21 du Code pénal.

223 A cet égard on peut sans se tromper affirmer que la branche radiotéléphonie a accédé de façon frauduleuse au FICP et était passible des sanctions prévues par la loi du 6 janvier 1978.

224 Article 1er, Règlement CRBF précité.

225 Ibidem, article 2.

exclusivité d'utilisation au seul profit des opérations de crédit aux particuliers. Ni même l'article 10 du Règlement 90 – 05, énonçant le principe de finalité, ne prohibe expressément une consultation dans le but d'octroi de crédits aux professionnels. En effet, il est simplement énoncé à cet article que, « ceux-ci (les établissements de crédit) ne peuvent les utiliser (les informations) que dans le cadre d'opérations se rattachant à l'octroi ou la gestion d'un crédit ». Or, on le voit, il n'est pas dit dans ce texte, « gestion d'un crédit destiné à un particulier ». Il n'est dès lors pas funambulesque, ni même infondé, de considérer qu'un établissement de crédit puisse consulter le FICP dans le but de s'informer sur la dignité de crédit d'un emprunteur professionnel²²⁷ (qui contracte dans un but professionnel). Cela signifierait alors qu'un professionnel, qui s'est vu inscrire au FICP au titre d'un incident sur un crédit non professionnel, pourrait se voir refuser un crédit dans le cadre de son activité professionnelle. Néanmoins, si les textes n'interdisent pas formellement une consultation orientée dans ce sens, il est permis de se demander dans quelle mesure une telle consultation ne constitue pas une collecte de données, sinon illicite, au moins déloyale. Un fichier qui a été instauré dans un but de prévention et de lutte contre le surendettement des particuliers²²⁸ peut-il servir de base à un refus de crédit concernant un professionnel ? En théorie, la réponse devrait être négative car il y aurait collecte déloyale par une confusion entre activité professionnelle et vie privée de la personne, ce qui peut sembler aller à l'encontre de l'esprit du texte précité. En pratique, il sera difficile d'empêcher une banque de consulter le FICP, d'autant plus qu'il sera malaisé de prouver la consultation, puisqu'en France, celle-ci n'est pas obligatoire. Dès lors, la banque pourra soutenir qu'elle n'a pas consulté le fichier à cette occasion.

115. L'esprit de la loi. Si l'on se rapporte à celui-ci, il semble difficile d'admettre une réponse affirmative. En effet, la finalité du fichier des incidents de paiement des crédits aux particuliers est d'assurer une meilleure prévention du surendettement des ménages, en offrant aux dispensateurs de crédit un outil d'analyse du risque. Il ne s'agit donc pas, *a priori*, de traiter les situations des professionnels. Dès lors, on ne peut être que sceptique quant à l'utilisation des données du FICP pour l'octroi d'un crédit aux professionnels. On sait, par la loi informatique et libertés²²⁹, qu'il est interdit de recueillir frauduleusement, illicitement ou déloyalement des informations concernant la personne visée, en l'espèce l'emprunteur professionnel. Les établissements de crédit étant autorisés à accéder au FICP, on ne peut pas réellement dire que ceux-ci y accèdent de façon frauduleuse. En effet, il n'y a pas emprunt de voies détournées ou interdites pour accéder à l'information. De même qu'il est délicat de parler d'accès illicite, puisque comme on l'a vu, la loi ne prévoit pas expressément une interdiction de la consultation et de l'utilisation des données pour les opérations de crédit destinées aux besoins des professionnels. Il serait

226 De même qu'à la lecture de l'article L. 333 - 4 alinéa 1er du Code de la consommation.

227 Dans ce sens, voir André BUTHURIEUX, « La responsabilité du banquier », précité, n° 154, page 71.

228 Le texte instaurant sa création est placé sous le titre III « Traitement des situations de surendettement » du livre III « Endettement » du Code de la consommation.

229 Article 25.

donc possible d'accéder et d'utiliser ces données dans le cadre d'un tel crédit : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* . En revanche, il y a lieu de se demander si une telle collecte n'est pas déloyale²³⁰ eu égard à la finalité de la loi instaurant le FICP et à son Règlement. Or, comme on l'a dit, l'esprit de la loi et du règlement a-t-il voulu une telle pratique ? On peut penser que le fichier ayant vocation à prévenir le surendettement des particuliers pour des crédits visant à satisfaire des besoins non professionnels, toute collecte de données, par le biais du FICP, dans un but professionnel, devrait être qualifiée de déloyale et tomber sous le coup de l'interdiction édictée par la loi informatique et libertés. En effet, le FICP n'étant pas destiné à recenser les incidents de crédit à vocation professionnelle, il paraît déloyal d'utiliser ce fichier dans ce but. D'autant plus qu'on peut douter de la pertinence d'une telle information lorsqu'il s'agit de prendre une décision concernant un crédit professionnel. Ainsi, admettre une telle utilisation, serait considérer qu'il n'y a pas d'indépendance entre l'activité personnelle d'un professionnel et son activité professionnelle.

116. Dignité professionnelle et dignité personnelle. Autrement dit, cela revient à se demander, s'il existe une parfaite corrélation entre dignité de crédit dans le cadre de la vie privée et dignité de crédit dans le cadre d'agissements relevant de l'activité professionnelle. Nous pensons qu'il n'est pas inimaginable qu'un emprunteur contractant à titre professionnel conserve une dignité de crédit intacte, alors même qu'il est par ailleurs fiché au FICP. En effet, n'est-il pas possible d'admettre que vie privée et vie professionnelle soient indépendantes ? A ce titre, un demandeur de crédit qui agit en tant que professionnel pourra être digne de crédit parce que son activité, les bénéfices qu'elle produit, les garanties qu'elle apporte, démontrent cette dignité à rembourser. Et d'un autre côté, il n'est pas plus inimaginable de penser qu'au plan purement privé sa situation soit moins confortable. En effet, l'entreprise peut faire des bénéfices pour rembourser un emprunt professionnel. Mais les distributions ou salaires versés par la structure peuvent n'être pas suffisants pour permettre à son dirigeant d'assumer des charges purement personnelles, un prêt immobilier par exemple, qui servirait à payer la maison familiale. Cette dernière hypothèse visera le plus souvent le chef d'entreprise exploitant sous la forme individuelle qui n'établit pas de séparation juridique des deux patrimoines. Il est alors flagrant que cette indépendance sera encore plus marquée pour l'activité exploitée sous la forme sociétaire. Dans ce cas, le dirigeant social agira non pas en son nom personnel, mais en tant que mandataire de la personne morale. Ce dernier pourrait être par exemple interdit bancaire à titre personnel sans que cela lui interdise d'émettre des chèques au nom de la personne morale²³¹ . Pour ces raisons, on ne perçoit pas bien pourquoi la situation personnelle d'un dirigeant devrait influencer sur la situation de la personne morale qu'il dirige, notamment en vue de l'octroi d'un crédit. Cette même remarque peut d'ailleurs être renouvelée dans le cas d'une exploitation sous la forme

230 La loi ne fournit pas d'indication quant aux cas qu'elle entend viser par le terme déloyauté. Néanmoins, il semble que la CNIL entende déduire la déloyauté de la collecte de la violation du principe de finalité. Voir délibération n° 95 – 105, précité, 16e rapport CNIL, page 193.

231 Ce qui ne sera pas le cas du chef d'entreprise individuelle, car il n'est pas opéré de distinction entre l'activité personnelle et l'activité professionnelle (juridiquement).

individuelle. On pourrait cependant nous objecter que le principe d'unité du patrimoine interdit une telle indépendance.

117. La fragilité du concept de l'unité du patrimoine. En effet, cette théorie, développée par Aubry et Rau ²³², ne nous semble pas constituer un obstacle insurmontable. En effet, deux idées peuvent faire barrage à l'application du principe d'unité du patrimoine de la personne. D'une part, la question semble se poser en des termes différents lorsque l'on applique cette théorie à l'utilisation possible des informations recensées dans le FICP. En effet, il s'agit là d'observer, non pas une distinction entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel d'un individu, mais bien une distinction entre des agissements relevant de la vie privée, et des actes qui ressortent de l'activité professionnelle. Force est alors de considérer qu'il existe ici une différence d'objet. Alors que la théorie de l'unité du patrimoine vise le patrimoine de la personne, l'utilisation « détournée » du FICP vise, quant à elle, un comportement de la personne. Comportement qui peut être distinct selon qu'il se rapporte à la vie privée ou à la vie professionnelle d'un individu. D'autre part, il pourrait être fait ici application de la théorie du patrimoine d'affectation. Selon cette dernière conception, d'origine allemande (*Zweckvermögen*) ²³³, la personne établirait une séparation entre son patrimoine professionnel et son patrimoine personnel, en affectant à son activité professionnelle certains biens issus de son patrimoine personnel. Ainsi, une distinction claire serait opérée, ce qui éviterait une confusion des patrimoines à l'instar de ce qui existe pour les sociétés ²³⁴. D'ailleurs, cette même loi, dont nous venons de souligner l'esprit, semble implicitement consacrer cette théorie lorsqu'il s'agit de traiter les situations de surendettement. En effet, dans cette optique, la loi, en décidant de ne traiter que le passif affecté à un but déterminé (dettes de la vie quotidienne) n'amorce-t-elle pas l'idée d'un patrimoine d'affectation ? ²³⁵ Ainsi, le chef d'entreprise qui est endetté à titre professionnel ne pourra pas bénéficier du dispositif de la loi, alors même qu'il n'existe pas, juridiquement, de séparation de patrimoines. En théorie donc, la situation personnelle du dirigeant, qui relève de sa vie privée, ne devrait pas jouer sur la dignité de la personne morale qu'il dirige, ou même de l'entreprise individuelle dont il est propriétaire.

118. Synthèse : une indépendance, théorique, entre activité professionnelle et vie privée. Au terme de cette discussion, il nous paraît possible d'avancer que

²³² Voir sur cette théorie, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, « Traité de droit civil : introduction générale », L.G.D.J., 2ème édition, 1982, n° 198 et suivants

²³³ Gérard Cornu, « Traité de droit civil : introduction, les personnes, les biens », Monchrétien, 8ème édition, 1997, n°868.

²³⁴ La loi consacre d'ailleurs ponctuellement cette théorie. On pense ici à la loi dite « Madelin » qui permet à l'entrepreneur ou à l'artisan d'affecter prioritairement un bien professionnel en garantie de ses engagements professionnels. C'est là sans nul doute une affectation d'une partie de son patrimoine en vue de son activité professionnelle. Article 47 de la loi n°94-126 du 11 février 1994 « relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle », JCP(G), 1994, III, n° 66681. Pour un commentaire voir Pascal Rubellin, JCP(G), 1995, I, n°3856.

²³⁵ Voir sur ce thème, Catherine Danglehant, « La loi sur le surendettement des particuliers confrontée au principe de l'unité du patrimoine », Revue des Procédures Collectives, 1995-1, page 1 et suivantes.

l'inscription au FICP ne devrait pas pouvoir être utilisée comme critère de la dignité de crédit appréhendée dans un cadre strictement professionnel. Une consultation et une utilisation de ces données dans le but d'analyse du risque d'une demande de crédit à titre professionnel devraient, selon nous, être considérée comme contraire au principe de finalité du FICP et au principe de loyauté instauré par la loi de 1978. Néanmoins, est-il possible en pratique d'empêcher le banquier de consulter le fichier et d'utiliser l'information dans le cadre d'un octroi de crédits à titre professionnel ? En effet, il sera ardu de prouver que le banquier a consulté le fichier et de surcroît utilisé l'information dans un but qui n'est pas *a priori* visé par la loi. Comment une personne fichée au FICP pourra-t-elle démontrer que son interlocuteur a, d'une part, consulté le FICP, et d'autre part, utilisé l'information comme critère de sélection ou comme élément de décision de l'octroi ou du refus ? La preuve est quasiment impossible, puisqu'en France, contrairement à d'autres pays²³⁶, il n'y a pas d'obligation de consultation du FICP²³⁷. C'est dire que la banque n'est pas censée avoir conservé une trace de la consultation pour prouver sa diligence en matière d'octroi de crédits aux particuliers. Cependant, les données ici décrites pourraient bien évoluer. En effet, la proposition de directive du 11 septembre 2002²³⁸ prévoit, dans le but d'« éviter un endettement trop excessif tant dans le chef du consommateur que du garant »²³⁹, de rendre obligatoire, d'une part, la création d'une base centralisée de données dans chaque Etat de l'Union européenne²⁴⁰; d'autre part, la consultation de la base « avant que le consommateur ait contracté un crédit »²⁴¹. Or, dans le cadre de cette obligation, il sera permis à l'établissement de crédit de « garder une preuve de la consultation et la communiquer au besoin à l'intéressé ou au tribunal, au cas où la responsabilité du prêteur serait engagée... ». ²⁴² Malgré tout, on voit mal en pratique un banquier mettre en avant la consultation du FICP pour une étude de la dignité dans le cadre d'un crédit professionnel. Au surplus, le plaignant devrait démontrer que l'information a été utilisée pour prendre la décision et qu'elle est à l'origine du refus. Au final, l'établissement de la preuve paraît bien théorique. Il est alors possible de penser

²³⁶ Belgique.

²³⁷ Voir 11e rapport CNIL, délibération n° 90- 29 du 6 mars 1990 page 145 et suivantes, même si en pratique il existe une consultation quasi systématique ; voir rapport commission des lois, précité, page 103.

²³⁸ Relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs, précité, com (2002) 443 final.

²³⁹ Article 8 de la proposition de directive, page 15.

²⁴⁰ Obligation de création déjà respectée par l'intermédiaire du FICP, puisqu'il est seulement exigé, « au moins l'existence de bases centralisées de données de type négatif neutres et fiables ». Toutefois cette même directive incite les Etats à aller plus loin en créant des bases centralisées « de type positif enregistrant tous les engagements des consommateurs en matière de crédit », *ibidem* page 15.

²⁴¹ *Ibidem*, page 15.

²⁴² *Ibidem*.

que le banquier pourra utiliser cette information pour se décider sur une demande de crédit déposée par une personne physique, mais contractant à titre purement professionnel. En somme, la question la plus importante en l'espèce, n'est-elle pas plutôt de savoir si une telle information est réellement révélatrice d'une dignité, plutôt que d'en rechercher la validité ? Nous avons déjà pu répondre à la question sans pouvoir affirmer qu'une inscription au FICP était synonyme d'indignité de crédit. Cette remarque, semble-t-il, s'applique avec autant de force, sinon plus, lorsqu'il s'agit d'établir une corrélation entre « dignité professionnelle » et « dignité relevant des actes de la vie privée ». Selon cette distinction on pourrait alors être digne de crédit sur le plan professionnel sans l'être pour autant sur le plan privé et vice versa. De même, la dignité de crédit n'est pas une donnée immuable, en ce sens qu'elle est susceptible d'évolution *ratione temporis*. Cette idée qui consiste à dire qu'une situation peut évoluer dans le temps, que l'on n'est pas condamné à être toujours « bon » ou « mauvais », est à l'origine d'une disposition importante de la loi du 6 janvier 1978 qui a donné naissance à la notion de « droit à l'oubli »²⁴³.

b-2 Le principe du droit à l'oubli.

119. Données périmées et radiation du FICP. Cette notion apparaît comme une sécurité apportée au droit des personnes fichées à quelque titre que ce soit. Le droit à l'oubli fait partie des principes fondamentaux²⁴⁴ établis par la loi informatique et libertés. Lorsqu'il existe une inscription dans un fichier (quelconque), ici le FICP, ce droit se concrétise par la possibilité d'être radié du fichier après un certain délai. Ce dernier a été fixé à cinq ans maximum par l'article 8 du Règlement CRBF²⁴⁵ en ce qui concerne l'enregistrement et la conservation des informations sur les incidents de paiement, ainsi que sur la conservation des données concernant le plan conventionnel ou les mesures judiciaires. D'après ce même article, les informations seront radiées dès la régularisation de la situation, c'est-à-dire dès le remboursement intégral de la dette²⁴⁶. La radiation est une obligation qui pèse sur les établissements de crédit déclarants²⁴⁷. On rappellera par

243 Notion émise par référence à l'article 36 de la loi du 6 janvier 1978 précitée, qui interdit la conservation des données « périmées ».

244 A côté du droit d'accès (article 34), de communication (article 35), de confidentialité (article 29), ainsi que le droit de contestation (article 2, 3, et article 36).

245 Article 8 Règlement CRBF, précité, « Les informations visées à l'article 5 ci-dessus (les incidents de paiement) sont conservés dans le Fichier pendant cinq ans à compter de la date d'enregistrement [...]. Elles (les mesures conventionnelles ou judiciaires) sont conservées pendant la durée du plan conventionnel ou pendant la durée d'application des mesures judiciaires, sans que la durée de conservation puisse excéder cinq ans à compter de la date d'adoption du plan ou de celle de l'ordonnance du jugement définitif ». Signalons toutefois que la loi précitée du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, prévoit une durée de détention de dix ans si la personne a bénéficié de l'effacement des dettes résultant de la procédure de rétablissement personnel. Voir article L. 333-4 dans sa nouvelle rédaction. Sur ce point donc, le Règlement CRBF devrait évoluer.

246 Voir article 8 précité alinéa 2 et alinéa 5_{du} Règlement CRBF; voir aussi délibération n° 93 - 019 du 2 mars 1993, 14e rapport CNIL, page 101 et suivantes.

ailleurs que pour éviter une prolongation abusive et inutile de la durée de conservation des données, il est impossible, lorsqu'est enregistré dans un fichier un incident caractérisé ayant affecté le remboursement d'un prêt, d'effectuer une nouvelle déclaration au titre du même prêt si d'autres incidents surviennent ultérieurement²⁴⁸. La mesure est d'importance, car dans l'hypothèse inverse le fichage pourrait se prolonger sur une durée assez grande, notamment pour des crédits à long terme qui seraient jalonnés d'incidents de paiement. Pour éviter cette « dérive » dans le fichage et malgré la réticence de certains établissements de crédit²⁴⁹, la durée a donc été limitée à cinq ans maximum²⁵⁰. Par cette dernière mesure le législateur a voulu éviter qu'un individu soit perpétuellement suivi par son passé, et soit par suite enfermé dans une catégorie sans possibilité d'en sortir. La théorie du droit à l'oubli a précisément pour but d'éviter une telle situation : empêcher qu'un individu soit définitivement étiqueté. Dans une telle situation il lui deviendrait pratiquement impossible de contracter un crédit, quand bien même sa situation se serait améliorée. Rappelons, en effet, qu'un fichage au FICP est bien souvent synonyme de refus de crédit²⁵¹. Mais pour assurer une bonne efficacité au dispositif de radiation, il sera nécessaire d'effacer l'inscription et non pas seulement mentionner qu'il y a eu radiation. En d'autres termes, la personne qui a été radiée du FICP devra, purement et simplement, ne plus apparaître dans celui-ci. Concrètement, il est à exclure qu'elle apparaisse comme radiée du fichier, auquel cas cela jetterait immédiatement le doute sur la dignité de crédit ou sur l'honorabilité de cette personne. On pourrait même dire qu'elle serait plus dangereuse, car il n'y aurait aucune information (la personne étant radiée) cette fois-ci sur la nature du ou des crédits, sur le nombre d'incidents de paiement²⁵² ..., susceptibles d'éclairer les établissements de crédit sur l'état de gravité de la situation de l'emprunteur. Dans cette dernière hypothèse, le banquier, face au doute, préférera peut-être s'abstenir à défaut d'informations plus rassurantes. On le voit donc, l'existence d'un fichier des radiés du FICP est à proscrire afin d'assurer une efficacité au principe du « droit à l'oubli ». Mais ce principe, pour essentiel qu'il soit dans le système de protection de la personnalité, n'est applicable qu'aux seules personnes physiques²⁵³. Les personnes morales ne verront donc pas leurs intérêts protégés par cette voie. Dès lors,

247 Voir réponse ministérielle, 19e rapport CNIL, 1998, page 319.

248 Article 5 bis Règlement CRBF précité.

249 Voir, « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité, page 78 in limine .

250 Pour la CNIL, les informations sur les incidents de paiement ne devraient pas être assimilées aux documents comptables au sens des dispositions du Code du commerce sur la durée de conservation des livres et documents relatifs aux activités commerciales ; voir 9e rapport CNIL 1989, page 202. Ce qui aurait permis une durée de conservation beaucoup plus longue. Voir aussi Sophie GJIDARA, précité, page 257 et 258.

251 Voir rapport commission des lois, précité, page 103 et 104.

252 Voir article 9, Règlement CRBF précité.

253 Voir *infra* n° 168 et suivants.

les informations qui seront enregistrées sur elles, pourront librement circuler quand bien même elles seraient périmées. Pourtant, cette lacune ne devrait qu'affecter faiblement l'information issue de la publicité légale dont justement, l'une des caractéristiques est la diffusion de faits ou d'actes récents.

SECTION 2 L'information de la publicité légale.

120. Problématique. C'est là une source d'informations importante pour les banques et les agences de notation. Même si, pour les premières, elle paraît moins utile, étant donné l'accès aux sources privilégiées dont elles disposent²⁵⁴ venant ainsi diminuer l'intérêt de la consultation. Elle sera donc davantage utile pour les agences de notation qui auront à apprécier le degré de solvabilité d'un emprunteur sur le marché. Cette source, ou plutôt ces sources, seront d'autant moins consultées par les établissements de crédit que, bien souvent, l'intérêt de la publicité légale n'apparaît que faiblement pour les crédits distribués aux particuliers. En effet, le contenu et le nombre des publicités pour ces derniers demeurent relativement pauvres²⁵⁵. Ce sera donc surtout pour l'étude de la situation des entreprises que la consultation de cette source et de ces fichiers apparaîtra comme susceptible de répondre au but poursuivi, c'est-à-dire l'octroi ou le refus de crédit ou la notation d'un emprunteur. A ce titre, il conviendra de s'interroger sur le type d'informations auquel l'utilisateur pourra prétendre (I), afin d'en dégager la pertinence ainsi que l'efficacité probable, dans le cadre de l'appréciation de la dignité de crédit d'un emprunteur (II).

I Nature de l'information disponible.

121. Plan. Avant même de se pencher sur ce que pourra obtenir l'établissement de crédit ou l'agence de notation de cette source d'informations (B), il ne sera pas inutile de procéder auparavant à un exercice de terminologie visant à identifier précisément ce que renferme l'expression « publicité légale » (A). En effet, les organismes publics n'étant pas les seuls à diffuser cette forme d'informations, une confusion pourrait naître avec l'information diffusée par les agences dites de renseignements commerciaux qui, se fondant sur l'information légale, établissent ce que l'on appelle une information à valeur ajoutée.

A Caractère de l'information diffusée.

122. Transmission obligatoire. Selon le Professeur Alain SayA, la publicité légale « est l'ensemble des règles qui imposent à certaines personnes de communiquer au public une information selon une forme et un support déterminé »²⁵⁶. Il s'agit donc là d'une

²⁵⁴ Voir développements précédents.

²⁵⁵ En effet, la publicité se cantonnera pour l'essentiel aux actes d'acquisitions des biens immobiliers. La conservation des hypothèques devra donc être la source privilégiée des établissements de crédit.

²⁵⁶ Voir colloque du centre de recherche sur le droit des affaires (C^{REDA}), « L'information légale dans les affaires : quels enjeux ? Quelle évolution ? », JCP (E), I, 1994, page 422.

obligation pour les assujettis, à laquelle ils ne peuvent se soustraire, même sous couvert du respect du secret des affaires ou du respect de la vie privée. La loi impose cette publication dans le but d'informer les tiers sur certains faits concernant principalement l'entreprise et ses dirigeants, voire, dans certains cas, les opérations traitées par des particuliers. La transmission par les assujettis de ces actes et faits se réalise auprès d'organismes publics²⁵⁷ qui auront vocation à diffuser l'information. Néanmoins, si ces organismes ont dans une certaine mesure, le monopole de la collecte, d'autres organismes privés²⁵⁸ diffusent également de l'information légale souvent après y avoir apporté leur expression personnelle. On parle alors de diffusion d'informations légales traitées par opposition à l'information légale brute²⁵⁹.

123. Information brute et information traitée. Il est en effet intéressant de relever que la publicité légale peut apparaître sous deux formes. Dans une première présentation, celle là même qui sera abordée dans notre développement, on peut dire que l'information est diffusée de façon brute, c'est-à-dire sans avoir subi aucun traitement. Sous cette forme donc, l'information dispensée ne fait que retracer des faits économiques et juridiques liés à l'entreprise, que la loi oblige à transmettre aux organismes chargés de les centraliser et de les diffuser. Cependant, une seconde présentation de cette information peut intervenir par une mise en forme plus ou moins élaborée de celle-ci. En effet, dans ce cadre, certaines sociétés privées se sont proposées de fournir aux différents acteurs économiques, entreprises commerciales ou établissements de crédit, moyennant paiement, une information dite à valeur ajoutée, censée retracer le degré de solvabilité ou de dignité des entreprises tenues, de par la loi, à effectuer certaines publications. Cette information synthétique pourrait donc être valablement utilisée par le dispensateur de crédit ou l'agence de notation²⁶⁰ afin de déterminer le degré de confiance à accorder au demandeur de crédit. Cependant, le plus souvent, si ce n'est systématiquement, les établissements de crédit n'accorderont que peu d'importance à cette information synthétique qu'ils préféreront, pour plus de sécurité et de pertinence, établir à partir de l'information brute issue des diffuseurs institutionnels, greffes des tribunaux de commerce notamment, ainsi qu'à partir des autres sources qu'ils auront ou pourront consulter. Reste à savoir quel intérêt peut bien avoir le banquier à consulter ces sources d'information ? Quelles informations peut-il y découvrir qui permettront d'affiner, voire d'appréhender la dignité de crédit d'un emprunteur se présentant à lui ? C'est à ces questions qu'il faut répondre pour percevoir l'intérêt de cette source d'information dans le

257 Dont le principal représentant est le greffe du Tribunal de commerce qui assure la publication des sûretés, de même que l'INPI pour le dépôt des marques, brevets, licences d'exploitation etc

258 Ibidem , page 322 et suivantes.

259 Voir sur ce point, l'enquête « Les diffuseurs de l'information légale », *varii auctores, in* ouvrage du CREDA, « Publicité légale et information dans les affaires », Litec, 1992, page 285 et suivantes.

260 On fera remarquer que bien souvent se sont ces mêmes agences de notation qui diffusent ce genre d'informations au titre de leur activité de fournisseurs de renseignements. On pourra alors dire, pour ces dernières, qu'elles consulteront là leurs propres fichiers. Voir sur la question de la constitution et la consultation des fichiers internes, *infra*, n° 130, n° 182 et suivants.

champ de notre étude.

B Contenu de la publicité légale.

124. Information économique, juridique et financière. Pour tenter d'appréhender cette dignité, l'établissement de crédit ou l'agence de notation consultera donc les différents fichiers tenus soit par des organismes publics, soit par des sociétés privées (plus rarement par les banques). Au premier chef, le banquier pourra consulter les différentes informations délivrées par le greffe du Tribunal de commerce. Ainsi, deux grandes catégories d'informations seront susceptibles d'intéresser le banquier dispensateur de crédit ou le notateur : l'information à caractère juridique, et l'information à caractère économique et financier. La première catégorie vise à permettre aux tiers, banquier ou agence de notation pour nous, de se renseigner sur l'existence de l'entreprise, son identification, ses caractéristiques juridiques et sa capacité de jouissance et d'exercice. Ces dernières informations sont accessibles par les établissements de crédit principalement par l'entremise du RCS (Registre du Commerce et des Sociétés). Cette publicité, par l'immatriculation concerne quasiment toutes les formes d'activité, personnes physiques²⁶¹, sociétés commerciales²⁶² ou civiles²⁶³... Ainsi à titre d'exemple on retrouvera pour une personne physique des renseignements sur son identification (tels que nom, prénom, domicile, date et lieu de naissance, nationalité...) sur sa structure (activité exercée, adresse de l'établissement, date de commencement de l'exploitation) et sur son cadre juridique (éventuelles locations gérances, indivision des éléments d'exploitation). Pour une société, outre la publicité sur son identification seront inscrites des informations telles que forme juridique et montant du capital social, la date de clôture de l'exercice social s'il y a obligation de publier les comptes et bilans annuels... Cette première publicité légale fournit donc d'intéressants renseignements sur l'existence et la constitution d'une activité. La seconde catégorie d'informations disponibles auprès du greffe concerné est relative à l'exploitation de l'entreprise. La consultation des différents registres permettra notamment de s'informer sur la situation financière du client et par voie de conséquence de mieux cerner la solvabilité de celle-ci, de mieux appréhender la dignité de crédit de l'emprunteur. Dans cette optique seront consultables auprès du greffe du Tribunal de commerce :

- le registre des nantissements, qui offre la possibilité de connaître les créanciers bénéficiaires du gage, ainsi que le montant des engagements. Ainsi, apparaîtront les nantissements sur fonds de commerce, sur l'outillage et le matériel d'équipement, ainsi que le nantissement judiciaire inscrit lorsqu'il existe de très fortes présomptions de non-règlement par le débiteur. Cette dernière inscription révélant alors souvent une mauvaise situation financière ;

261 Décret n° 84 - 406 du 30 mai 1984.

262 Ibidem , l'article 14.

263 Décret n° 118 - 704 du 3 juillet 1978. Voir pour les autres activités, ouvrage ^{du} CREDA, précité, page 55 et ses notes de bas de page.

- le registre des privilèges de la sécurité sociale, où sont inscrites les déclarations faites par la sécurité sociale en cas de non-paiement des cotisations sociales ;

- dans un même ordre d'idées, on retrouve le registre du privilège du trésor qui permet de savoir s'il y a un enregistrement de privilèges pour non-paiement de dettes fiscales (impôts directs ou indirects). Une telle inscription n'étant jamais un signe de bonne santé financière et d'une bonne honorabilité du crédité ;

- le registre des contrats de crédit-bail immobilier qui permettra de savoir que l'utilisateur du matériel n'en a pas la réelle propriété, mais qu'il en est seulement locataire. C'est là aussi un indice de l'état d'endettement de l'emprunteur. Mis à part la tenue de ces registres, il sera possible de consulter la documentation comptable déposée²⁶⁴ par les sociétés commerciales qui auront obligation de fournir au greffe les comptes approuvés, les rapports présentés à l'assemblée des actionnaires et les résolutions votées par celle-ci²⁶⁵. Enfin, il sera possible de s'informer auprès du greffe de la situation de l'entreprise au regard des éventuelles procédures de redressement ou de liquidations judiciaires, puisque la loi impose des mesures de publicité sur cet état de fait. Ainsi, seront publiés : le jugement d'ouverture de la procédure, l'état des créances antérieures et postérieures au jugement, les relevés des créances résultant du contrat de travail, le jugement de liquidation judiciaire²⁶⁶, etc.. A n'en pas douter la consultation du RCS, ainsi que des autres registres tenus par les greffes des tribunaux de commerce, permettra aux établissements de crédit ou à l'agence de notation de se forger une idée de la solvabilité de l'entreprise, de son endettement éventuel, éléments essentiels pour appréhender la dignité de crédit du futur emprunteur. Cette appréhension pourra être complétée par la consultation d'autres registres tels que, par exemple, la conservation des hypothèques ou le cadastre qui apportent des informations sur la situation patrimoniale du demandeur de crédit puisqu'ils permettent de savoir qui est propriétaire de tel ou tel immeuble, si celui-ci est ou non hypothéqué et pour quel montant, ainsi que la date et la nature de la créance²⁶⁷ ... Néanmoins, si les greffes des tribunaux de commerce concentrent une certaine masse d'informations notamment sur l'état des sûretés, ils ne sont pas les uniques détenteurs et diffuseurs de l'information légale. En effet, rappelons le, des sociétés privées diffusent également cette information, mais bien souvent en y ajoutant une analyse synthétique, qui rangerait l'étude de ces sources plutôt sous le titre du traitement de l'information que sous celui de l'information brute. Nous venons de donner un aperçu de ce qu'il est possible d'obtenir de la publicité légale. Cependant, est-ce à dire que celle-ci est d'une grande utilité pour le banquier ou l'agence de notation ? La réponse à

264 Pour un tableau synthétique des obligations de publication, voir ouvrage CREDA, précité, pages 62 à 64.
du

265 Reste que concernant ces derniers actes, la pratique démontre que les informations transmises ne retranscrivent pas toujours la réalité. En effet, il n'est pas rare de voir établir deux rapports. Un rapport officiel pour le greffe, contenant des formules stéréotypées et peu précises, et un rapport officieux, fait par l'expert comptable au chef d'entreprise, retraçant de façon exhaustive et sincère les résultats de l'entreprise.

266 Ibidem , page 66.

267 Voir Dictionnaire Permanent Difficultés des Entreprises, « Risques clients », page 1197, feuillets 51 (12 février 1997).

cette question dépend de nombreux paramètres dont les uns tiennent aux problèmes de son accessibilité et d'autres au contenu même de cette publicité.

II Utilité et pertinence de la publicité légale²⁶⁸.

125. Plan. S'il n'est pas nié l'utilité (A) de la publicité légale en matière de distribution du crédit, ce n'est pas sans émettre certaines critiques qui viennent en diminuer l'importance pratique (B).

A Intérêt de la publicité.

126. Caractère irréfutable de l'information diffusée. Il est manifeste que la publicité légale permet de reconstituer l'historique des principaux événements de la vie de l'entreprise. Elle retrace fidèlement²⁶⁹ tous les éléments relatifs à la vie de l'entreprise puisqu'elle ne fait que signaler ceux-ci ou décrire une situation selon des normes fixées par la loi sans y ajouter de commentaires, leur conférant ainsi un caractère irréfutable. De plus, sa fiabilité est souvent mise en avant par des utilisateurs notamment banquiers²⁷⁰. C'est effectivement une source qui comporte peu d'erreurs puisqu'en effet il s'agit de restituer des faits sans aucune orientation ni de forme, ni de fond. Elle est donc également parfaitement objective. Un autre intérêt est qu'elle présente un caractère de permanence. En effet, une fois publié, chaque événement de la vie d'une société relevant de la publicité peut être retrouvé soit par le biais d'un journal d'annonces légales, soit par la consultation d'un fichier ou d'un registre disponible à tout moment. C'est donc au final un formidable outil pour les banques et les agences de notation qui désirent savoir, *a priori*, avec qui elles entendent traiter. Outre ce moyen de prospection commerciale²⁷¹, elle permet au banquier et aux agences de notation de se renseigner sur la dignité de crédit des demandeurs de crédit. En effet, parmi les composantes de celle-ci figure la preuve de leur existence juridique. Dans cette optique la consultation, par exemple du RCS²⁷², permet de vérifier de façon irréfutable l'existence de l'entreprise. Cette consultation est souvent complétée par la fourniture des statuts ainsi que de l'annonce de la constitution de la société extraite d'un journal d'annonces légales. Bien évidemment, le banquier ou l'agence de notation qui souhaite connaître l'état de solvabilité des demandeurs s'efforcera de consulter les registres des garanties. Ainsi, à titre d'exemple, la consultation du registre de la conservation des hypothèques paraîtra judicieuse avant l'octroi d'un crédit, afin de déterminer l'état d'endettement du patrimoine du demandeur, au même titre

²⁶⁸ Le sujet sera traité par référence à une étude du CREDA, Un utilisateur institutionnel, la Banque », Claudine alexandre-caselliet Elisabeth fortis, « institutionnel, la Banque », ouvrage précité, page 337 et suivantes.

²⁶⁹ Sous réserve de respecter l'esprit de la loi. Voir page précédente, note n°265.

²⁷⁰ Claudine alexandre-caselliet Elisabeth fortis, « Un utilisateur institutionnel, la Banque » page 340.

²⁷¹ Ibidem page 347 et suivantes, n° 396 et suivants.

²⁷² Extrait K bis.

que la consultation de l'état des nantissements et privilèges publics auprès du greffe concerné ²⁷³. Dès lors, les différents renseignements contenus dans les registres permettent sans aucun doute au banquier de mieux appréhender la situation réelle du demandeur et par là-même lui permettent de prendre une décision éclairée d'octroi ou de refus. Mais est-ce à dire que cette information constitue la panacée ? Pour beaucoup de banquiers la publicité légale souffre de graves insuffisances lorsqu'il s'agit de l'utiliser comme un système d'aide à la décision d'octroi d'un crédit.

B Limites.

127. Éparpillement des sources de diffusion. En premier lieu il est vrai que l'information légale n'est pas toujours très facile d'accès en ce qu'elle est très éparpillée. En effet, les sources d'informations légales sont multiples ²⁷⁴ : pléthore de journaux d'annonces légales, éparpillement des organismes publics auprès desquels les publicités sont déposés (conservation des hypothèques, greffes des tribunaux de commerce, cadastre, INPI) et, au sein de chaque organisme, multiplication des registres à consulter ²⁷⁵. A cela, il faut ajouter une des principales tares de l'information légale : les délais de publication tardifs ²⁷⁶ et son caractère incomplet.

128. Absences ou retards de publication. En effet, la publicité légale ne fait que constater un événement déjà survenu, et ce constat n'est rendu public, au plus tôt, que deux ou trois semaines après l'événement. C'est pourquoi, pour beaucoup d'organismes de crédit, cette publicité ne peut que constituer un instrument de vérification *a posteriori* de l'information recueillie par ailleurs. En effet, ne pouvant compter immédiatement sur la publicité légale, le banquier est souvent obligé de consulter d'autres sources d'information. Cette obligation est renforcée par le caractère incomplet de la publicité légale. Cette lacune apparaît très nettement lorsqu'il s'agit de connaître l'état des sûretés inscrites sur un débiteur. Or, à reprendre certains auteurs ²⁷⁷, « le droit des sûretés est le substrat absolument indispensable du crédit, le moteur de l'économie ». Il est alors évident que la publicité de celles-ci a un rôle important à jouer. En effet, il est essentiel que le banquier qui s'apprête à prendre une décision d'octroi ou de refus de crédit, connaisse l'état réel du patrimoine du débiteur éventuel. Si cette connaissance paraît suffisamment bien assurée en matière immobilière ²⁷⁸ par le biais de la consultation de la

273 Voir sur ce registre, supra n° 124.

274 Voir sur ce point, ibidem page 343 et suivantes.

275 A ce titre l'idée déjà ancienne de casier commercial, visant à regrouper en un seul lieu les informations paraît séduisante. Sur ce casier voir P. Farraud, « Le fichier ou casier commercial », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1965, page 1 et suivantes.

276 Voir B. Sarazin, colloque du CREDA, précité, page 432 ; D. Aniel, Lebègue, « L'information disponible en France sur les impayés des entreprises... est une information beaucoup trop tardive pour être utilisée de manière intelligente », colloque CREDA, précité, page 443.

277 Ibidem page 165.

conservation des hypothèques, qui permettra à l'établissement de crédit de savoir si tel immeuble, qui appartient à une personne, est grevé d'un privilège ou d'une hypothèque²⁷⁹, il n'en est pas de même de la publicité des sûretés mobilières²⁸⁰. En effet, l'information sur ces dernières n'est que partiellement assurée, puisque les sûretés dites personnelles sont (quasiment) absentes du système²⁸¹. Seules les sûretés réelles, c'est-à-dire portant sur un bien déterminé, sont suffisamment répertoriées²⁸², et encore doit-on timorer ce constat par le fait que les clauses de réserve de propriété ne sont pas publiées²⁸³. Dans ce cadre, comment sera-t-il possible au banquier de savoir si son demandeur de crédit est par exemple engagé en tant que caution, de savoir s'il existe une clause de réserve de propriété sur tel ou tel bien ? Ce manque se retrouvera également dans les cas où la société ne publie pas ses comptes malgré l'obligation légale d'y procéder. Si à ce défaut de publication correspondent des sanctions²⁸⁴, il faut admettre que celles-ci sont rarement appliquées²⁸⁵. Pour autant, le banquier ou l'agence de notation en tirera très probablement des conclusions quant à la dignité de la personne, encore plus révélatrice que l'information qui aurait dû faire l'objet de la publication. En effet, le refus de publication laissera à penser que la société a quelque chose à cacher pouvant justifier le risque de poursuite judiciaire. Ce choix ne pourra donc qu'alerter le consultant sur la solidité financière de la personne morale, ainsi que sur sa moralité. Il devient alors urgent de faire le constat que les établissements de crédit, ou les agences de notation, ne peuvent se fier et se reposer uniquement sur l'information légale. L'absence de publicité sur certains points, les retards de transmission, la lourdeur de la

278 Système de publication qui lui non plus n'est pas exempt de critiques, puisqu'en effet on lui reproche de manquer souvent de clarté mais surtout d'être beaucoup trop lent dans la transmission des informations. Les informations ainsi recueillies ne faisant que retracer un état du passé sans rapport avec la situation actuelle de l'immeuble, *ibidem* n° 393, pages 345 et 346.

279 Pour une vision synthétique de la publication, *ibidem* pages 184 à 187.

280 *Ibidem* page 169 et suivantes.

281 Cette observation est à nuancer par référence aux règles applicables aux sociétés commerciales, qui instituent, pour ces dernières, une publicité des engagements aussi bien réels que personnels tels que cautionnements, avals, ou autres garanties. En effet, ces engagements doivent faire l'objet d'une publication, puisqu'ils doivent être mentionnés en annexe au bilan. Voir pour les obligations en la matière des sociétés commerciales, l'article L. 232-1 du Code monétaire et financier, pour les autres formes juridiques, voir l'article 24, 9° du Décret n°83-1020 du 29 décembre 1983. Pour un commentaire précis de ces dispositions, voir *Memento pratique Francis Lefebvre, « Comptabilité », édition 2001, n°2079 et suivants.*

282 Voir pour une vision synthétique de la publicité, *ouvrage du creda, précité,* page 231 et suivantes.

283 Et pourtant une telle publication ne serait pas inutile car, en effet, ces clauses apparaissent de plus en plus souvent aux contrats, celles-ci constituant une des rares garanties pleinement efficaces en cas de redressement ou de liquidation judiciaire.

284 Voir sur ces sanctions, Elisabeth Fortis et Arnaud Reygrobelle, « Une répression inadéquate », *ouvrage du Creda précité,* page 237 et suivantes.

285 *Ibidem,* notamment n°271 et 272.

consultation font qu'elle ne répond pas au souci de rapidité et d'efficacité des transactions. Ceci justifie que les informations concernant l'état de solvabilité d'une entreprise ou d'un particulier soient recherchées auprès d'autres sources.

CHAPITRE 2 LES SOURCES PRIVEES DE L'INFORMATION.

129. Plan. La consultation de sources privées se révèle être d'une grande nécessité pour les établissements dispensateurs de crédit ou les agences de notation. En effet, la recherche d'informations auprès d'autres acteurs que les institutions publiques permettra de compléter activement le panel que doit se constituer le banquier ou l'agence de notation afin d'arriver à cerner la dignité du demandeur de crédit. Appréciation ô combien difficile qui nécessite, pour être la plus exacte possible, que soient diversifiées les sources d'information non pas seulement pour obtenir une information plus importante sur le sujet, mais surtout pour obtenir une information que les autres sources jusque-là étudiées n'auront pas permis de livrer. En somme, il s'agira, pour l'établissement de crédit ou l'agence de notation, de compléter les informations récoltées dans le cadre de l'étude précédente, et de les recouper afin de parvenir à un résultat fidèlement représentatif de la réalité de la situation à analyser. Pour cela, le banquier, notamment, s'orientera dans deux directions : d'une part, il s'attachera d'abord à consulter les sources d'informations qui lui sont internes (section 1), et d'autre part, il recherchera la dignité par la consultation de sources qui lui sont externes (section 2). Ce sont principalement les bases de données que l'établissement de crédit aura pu se constituer, soit personnellement, soit en relation avec des tiers, qui entreront dans la première catégorie. Tandis que la seconde catégorie sera constituée principalement à partir des données qui seront récoltées auprès du client lui-même, ainsi qu'auprès des personnes faisant partie de son environnement économique, familial ou social.

SECTION 1 Les sources internes.

130. Multiplication des fichiers et nécessité de respecter certaines règles. Ces sources sont liées à l'activité de l'établissement de crédit. En effet, celui-ci, tout au long des opérations qu'il traite, se constitue naturellement une masse d'informations sur les clients. Or, dans l'hypothèse où le demandeur de crédit est également son client, chose assez fréquente en pratique, le banquier dispose alors d'un formidable instrument d'information : le compte bancaire. Ce dernier représente en effet une source d'informations très privilégiée et ce à un double titre. D'une part, parce que le banquier est le seul à y avoir accès, et d'autre part, parce que le compte retrace tout ou partie de l'activité économique et financière de son titulaire. Or, les autres acteurs intéressés par l'établissement de la dignité du crédit, les agences de notation ainsi que les sociétés financières, n'ont pas la possibilité, quant à elles, de consulter cette source²⁸⁶. Le banquier, au sens restrictif du terme, dispose donc d'un outil exclusif d'analyse du risque qui devrait lui permettre d'aboutir à une appréhension plus fine et plus exacte de la dignité de crédit du demandeur. Dans un même ordre d'idées, le banquier, au sens large du

286 Sauf bien évidemment à se les faire communiquer par le client.

terme, aura pu dans une relation passée accorder un crédit au demandeur. Il sera alors intéressant pour le banquier de savoir comment s'est déroulée la relation établie à ce titre. Y a-t-il eu des difficultés de paiement ? Si oui, ont-elles été régularisées ? Totalement ? Partiellement ? Y a-t-il eu une notation lors de cet octroi ? Pourra-t-elle être valablement utilisée ? Les conditions se sont-elles modifiées ? La situation du demandeur a-t-elle évolué ? La réponse à ces questions pourra éclairer valablement le banquier dans sa décision d'octroi ou de refus. La consultation des fichiers constitués à cette occasion paraît alors éminemment utile pour parvenir à l'évaluation de la dignité de crédit de l'emprunteur. Mais outre ces deux premières bases de données, on sait que les banques, généralistes surtout, constituent des fichiers retraçant le profil de leurs clients. On pense ici à ce qu'on appelle la segmentation comportementale, qui vise à affecter une étiquette à chaque client, celle-ci étant censée retracer son comportement de consommation. Il est vrai que son but premier est de catégoriser le client dans un groupe auquel il est censé appartenir, afin de lui proposer un service spécifique (octroi d'une carte, d'un découvert etc.) qui sera adapté à sa situation. Mais, ne peut-on pas penser que le segment auquel il est affecté ou l'appréciation portée dans ce cadre, puisse devenir un élément de la décision de l'établissement de crédit ? L'intérêt d'étudier cette question n'est pas douteux, notamment eu égard au principe de finalité du fichier. Au surplus, à côté de ces fichiers propres à l'établissement de crédit, ce dernier pourra consulter d'autres sources d'information qui, sans être à l'usage exclusif d'un seul établissement de crédit, demeurent destinées aux seuls établissements de crédit. Il s'agit ici des fichiers privés, créés par la communauté bancaire ou certains membres de celle-ci. Le plus souvent, ces fichiers font état d'éventuels incidents de paiement sur crédits octroyés par un des adhérents, mais peuvent parfois vouloir aller plus loin et établir une véritable « liste noire » de clients jugés indésirables. Les dispensateurs de crédit cherchent donc à varier les sources d'informations, soit par la consultation de leurs fichiers établis pour leur propre compte, soit par la consultation de fichiers issus de la communauté bancaire. Néanmoins, concernant ces différentes sources internes à l'établissement de crédit²⁸⁷, il conviendra, avant de se pencher sur les cas d'application (sous-section 2), de savoir si elles peuvent être consultées dans le cadre d'un octroi de crédit, c'est-à-dire si leur constitution était dictée, entre autres, par un but d'information du banquier sur la dignité du crédit. Pour répondre à ces questions, il devient alors nécessaire de s'intéresser aux règles de constitution de ces fichiers (sous-section 1). En effet, de telles constitutions ne peuvent se faire sans respecter certains principes directeurs, issus de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, qui devront être scrupuleusement suivis afin d'éviter tout abus de fichage. Nous ferons d'ores et déjà remarquer que cette loi n'est applicable qu'aux traitements et fichiers ayant pour sujet les personnes physiques. Concernant les informations et les fichages des personnes morales, la règle est donc la liberté sans que ces dernières puissent s'y opposer ou accéder aux informations qui y sont traitées. Mais nous verrons

287 Auxquelles on pourra rajouter les fichiers constitués ou obtenus par la voie de la location ou l'achat auprès d'organismes tiers.

Ainsi, il sera possible à un établissement de crédit d'obtenir des informations sur un « client » par consultation de fichiers tenus par des personnes en relation d'affaires avec le demandeur. Tel pourra, par exemple, être le cas des fournisseurs d'électricité, de gaz, etc. qui tiennent des fichiers sur leurs clients. L'utilité pour le banquier apparaît alors évidente puisque tout impayé sur cette base sera inscrit et pourra ainsi faire l'objet d'une communication à des tiers, et pourquoi pas à l'établissement de crédit.

plus loin les motifs de cette exclusion et les critiques que l'on peut y apporter.

S/s section 1 Les règles de constitution des fichiers privés.

131. Intérêt de la question. La question de savoir si les établissements de crédit peuvent consulter des sources créées par leurs propres diligences ne nous semble pas hors propos. En effet, on a pu constater par le passé que les établissements de crédit s'étaient constitués un fichier nommé CPII (aujourd'hui disparu) qui recensait les incidents de paiement sur les crédits octroyés par les adhérents au système. Si ce dernier a aujourd'hui disparu, le FICP ayant pris le relais, le problème de la constitution des fichiers n'est pas sans intérêt. En effet, d'autres fichiers du même type ont tenté de voir le jour, notamment celui de tentatives d'obtention frauduleuse de crédits, et ce à l'initiative des établissements de crédit. Or, une telle constitution a été jugée impossible par la CNIL car ce fichier ne respectait pas les principes édictés par la loi de 1978 (dont nous verrons plus loin les détails). De même, on pourra se demander si les établissements qui ne constituent pas directement le fichier peuvent utiliser ceux constitués par d'autres entreprises, d'autres créanciers du demandeur de crédit qui sont en relation d'affaires avec ce dernier. Il s'agit ici du problème délicat de la location ou de l'achat de fichiers à des tiers. On pense ici aux fichiers EDF-GDF qui peuvent se révéler précieux pour les établissements de crédit, afin de savoir s'il existe des incidents de paiement dans le cadre des relations entre l'entreprise et des bénéficiaires demandeurs de crédit. On le voit, l'établissement de crédit peut avoir accès à un certain nombre d'informations sur le demandeur de crédit. Est-ce à dire qu'il peut tout faire sans se soucier des droits du demandeur de crédit ? Nous verrons qu'en matière de constitution et de consultation des fichiers certaines règles sont à respecter lorsque ces derniers répondent à la définition de traitements automatisés d'informations nominatives, édictée par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. La première question qu'il nous faut donc traiter et de savoir si les fichiers font bien partie des traitements visés par cette loi (I) avant même de se concentrer sur les règles à respecter par les établissements de crédit (II).

I Champ d'application de la loi de 1978.

132. Plan. Pour savoir si les fichiers constitués dans le cadre de l'activité bancaire sont soumis aux dispositions de cette loi, il faudra nous référer à ses articles 4 et 5, qui définissent les notions d'informations nominatives (A) et de traitements automatisés d'informations nominatives (B). C'est effectivement ces notions qui déterminent l'application de cette loi aux traitements envisagés ou effectués, et non celle de fichier (C).

A Notion de données nominatives.

133. Nécessité d'un traitement de données nominatives. La création d'un fichier ne sera soumise à cette loi que s'il traite de données, d'informations qui sont nominatives²⁸⁸. Or, aux termes de l'article 4 de la loi, « sont réputées nominatives au sens de la présente loi, les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou une personne morale »²⁸⁹. Par informations

nominatives il faut entendre tous les signes qui permettent d'identifier, d'individualiser une personne. Et ce, soit directement, par exemple par l'inscription du nom de la personne et du domicile, de sa date et son lieu de naissance, soit même indirectement par l'attribution d'un numéro, d'un identifiant quelconque à partir duquel on pourrait connaître la personne désignée par ce numéro. Tel pourrait être le cas d'un numéro de téléphone, d'un numéro de sécurité sociale, de permis de conduire, de carte bancaire ou de compte bancaire qui permettra d'identifier son titulaire. Il est alors certain qu'un fichier d'incidents de paiement ou autre qui comporterait de telles indications entrerait à coup sûr dans la définition de l'article 4. Néanmoins, pour être pleinement visée par la loi informatique et libertés, il ne suffit pas que l'information recensée soit nominative, encore faut-il qu'elle fasse partie intégrante d'un traitement automatisé.

B La notion de traitement automatisé d'informations nominatives.

134. Définition légale. La loi informatique et libertés n'étant applicable qu'au traitement automatisé, il convient alors d'en apporter la définition. Nous nous référerons pour cela à l'article 5 de cette même loi qui dispose, « est dénommé traitement automatisé au sens de la présente loi, tout ensemble d'opérations réalisées par les moyens automatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers de base de données et notamment des interconnexions, rapprochements, consultations, communications d'informations nominatives ». C'est bien cette notion qui détermine le champ d'application de la loi, et non pas celle de fichier, contrairement à ce que l'on pourrait croire au regard de l'intitulé de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés. Cette définition est beaucoup plus large que celle de fichier. Ainsi, un fichier donnera lieu à autant de déclarations qu'il subira de traitements ayant une finalité distincte²⁹⁰. Si la

²⁸⁸ La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE. n° L. 281 du 23 novembre 1995, page 0031 - 0050, parle, elle, de « données personnelles » (article 3.1). Cette formulation est reprise par le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78 - 17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et devant transposer la directive 95/46/CE précitée. En effet, l'article 2 alinéa 1er du projet de loi, tel qu'adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale, texte n° 283, précise que la présente loi s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel... ».

²⁸⁹ Article 2 alinéa 2 du projet de loi précité. Article 2. a) de la directive européenne, « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ». Autant dire que les deux expressions demeurent, sans être totalement assimilables, très proches. Si la notion de « donnée personnelle » a été retenue c'est parce que, d'une part, elle évite une confusion entre les, « informations nominatives » au sens de la loi du 6 janvier 1978 et « les informations nominatives » au sens de la loi du 17 juillet 1978 qui a pour effet de restreindre la liberté d'accès aux documents administratifs ; et, d'autre part, parce que les termes « données personnelles » permettent davantage de tenir compte des progrès des techniques d'identification (moteur de recherche, logiciels de reconnaissance vocale). Voir sur cette question, Guy BRAIBANT, rapport fait au premier ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46, « Données personnelles et société de l'information », page 45.

détermination du champ d'application de la loi était la notion de fichier, une seule déclaration suffirait, quelle que soit la ou les finalités (collecte, interconnexion...), le ou les traitements envisagés (collecte...).

135. Définition jurisprudentielle. C'est donc sur cette notion qu'il faut se pencher. Le TGI de Paris est venu l'éclairer dans sa décision du 5 décembre 1991²⁹¹, dont on peut ici reprendre certains des attendus. « *Attendu que l'article 5 de la loi du 6 janvier 1978 définit le traitement automatisé d'informations nominatives comme étant un ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques et distingue :*

- à la conception de fichiers contenant des données personnelles ;
- à la collecte de ces données soit directement auprès des personnes fichées, soit par interconnexion, rapprochement, consultation, communication de fichiers ou bases de données ;
- à leur cession ;
- à leur modification ou destruction.

136. Evolution législative. Si la loi de 1978 ne vise que le traitement informatique, la directive européenne²⁹², elle, prévoit dans son article 2 b, que le traitement de données correspond à « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés... ». Selon cette définition, qui vient élargir le champ d'application de la directive par rapport à celui de la loi de 1978, la simple collecte d'informations même sans procédé automatique, se verra appliquer les dispositions protectrices du texte communautaire. Or, d'après le projet de loi de transposition²⁹³ de cette directive²⁹⁴, le traitement y est défini comme : « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données (données personnelles) quel que soit le procédé utilisé... ». C'est donc la définition de la directive qui est reprise et qui deviendra probablement le droit après transposition. Le domaine d'application de la loi est donc considérablement élargi par cette nouvelle définition. Il devient alors évident que toute demande d'information ayant pour objet la collecte d'incidents de paiement, leur centralisation, leur communication et leur consultation, entrera dans le champ d'application de la loi. On peut dès lors considérer que les fichiers bancaires ou interbancaires qui recensent de telles informations doivent être soumis aux règles édictées par cette loi. Or, on a vu que ce n'était pas la notion de fichier qui était le critère d'application de la loi, mais celle de

²⁹⁰ Voir, J. FRAYSSINET, « La loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés. Présentation pédagogique et synthétique », page 207, Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif- 1987/1.

²⁹¹ J.-L. DUFOURNAUD, précité, page 11.

²⁹² Directive 95/46/CE, précité, *supra* n° 101.

²⁹³ Tel qu'adopté en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale le 29 avril 2004, texte adopté n° 283, article 2.

²⁹⁴ Voir sur ce point, rapport de J.-P. VAILLARD, « Transposition de la Directive sur la protection des données personnelles face aux nouvelles technologies : Les conséquences pour les entreprises ». Position de la CCI Paris, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 127, juillet 2000, page 36.

traitement. Reste alors à savoir ce qu'on entend précisément par fichier.

C La notion de fichier.

137. Distinction des notions de fichier et de dossier. La loi de 1978, ne donne pas de définition du fichier. Néanmoins, pour une telle définition, l'on pourra se référer à la directive précitée qui entend par fichier : « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessible selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique »²⁹⁵. Sont concernés par cette définition aussi bien les fichiers informatiques, que les fichiers manuels. D'ailleurs, pour ce dernier type de fichier, la loi de 1978²⁹⁶ rend applicable toute une série de dispositions²⁹⁷. Néanmoins, à propos des fichiers manuels mécanographiques, on s'est posé la question de savoir si ceux-ci pouvaient englober la notion de « dossier ». La précision est d'importance car en cas de réponse positive, le dossier que constitue le banquier lors de la demande de crédit serait alors concerné par les dispositions de la loi de 1978 avec la possibilité pour le demandeur d'avoir accès aux informations qui y seraient contenues, y compris, pourquoi pas, la raison du refus d'octroi. Ce qui amènerait son lot de contestations en cas de désaccord du demandeur sur les éléments d'appréciation et sur le poids accordé à ces derniers par le décideur. Pourtant, c'est dans un autre sens qu'est intervenue la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 3 novembre 1987²⁹⁸. Les Magistrats ont en effet estimé qu'un dossier papier contenant des informations nominatives ne pouvait être regardé comme un fichier au sens de la loi du 6 janvier 1978. Dès lors, si les informations contenues dans le dossier de crédit, par exemple, ne sont pas exploitées dans un fichier, la loi informatique et libertés n'aura pas vocation à s'appliquer. Au cas inverse, le traitement mis en place devra satisfaire à certains principes édictés par la loi, notamment en matière de déclarations préalables, ce dont nous allons maintenant traiter.

II La constitution du traitement.

138. Plan. Avant de pouvoir utiliser un traitement, un fichier d'incidents de paiement par exemple, il est nécessaire de respecter certaines conditions lors du processus de création. Ainsi, avant toutes choses, l'établissement de crédit qui s'apprête à constituer un

²⁹⁵ L'article 2 du projet de loi précité reprend partiellement cette définition puisqu'il y est dit que : « Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés »

²⁹⁶ Article 45 de la loi de 1978.

²⁹⁷ Ainsi, en est-il des dispositions des articles 25 à 33 relatifs à la collecte, l'enregistrement et la conservation des informations nominatives, des articles 36 à 40 relatifs au droit d'accès et de rectification.

²⁹⁸ Voir, Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 1987, JCP 88, II, 3323, observations J^{ean} FRAYSSINET; Dalloz 88, II, page 17, observation Herbert MAISL. Voir aussi, Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, précité, page 896 D, n. 11, 2^e colonne.

fichier d'incidents de paiement, notamment, devra déclarer à l'institution de contrôle des traitements²⁹⁹ la création du fichier (A) avant même d'entrevoir toute collecte (B).

A Les traitements concernant les personnes physiques..

139. Liminaire : déclaration préalable du traitement. Cette règle, édictée à l'article 16 de la loi de 1978, énonce que : « les traitements automatisés d'informations nominatives... doivent, préalablement à leur mise en oeuvre, faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL » . Néanmoins, à ce stade de l'étude, il est nécessaire d'opérer une distinction entre les traitements soumis à déclaration simplifiée et les traitements soumis à déclaration ordinaire. En effet, l'article 17 de la loi informatique et libertés prévoit que : « pour les catégories les plus courantes de traitements... qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés, la commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie des demandes simplifiées inspirées des caractéristiques mentionnées à l'article 19 ». Dans ce cas, la CNIL délivre alors sans délai récépissé au déclarant qui peut immédiatement mettre en oeuvre le fichier sans pour autant s'exonérer des responsabilités qui peuvent être encourues par l'exercice d'un droit du fiché, par exemple. Actuellement une quarantaine de normes simplifiées a été élaborée par la CNIL³⁰⁰, dont la norme n° 13 concernant plus spécifiquement le domaine de crédit³⁰¹. Ces normes simplifiées répondent à un souci de simplification des formalités de déclaration afin de ne pas rendre trop lourd le système qui deviendrait vite un obstacle à la liberté de s'informer et, plus généralement, à la liberté d'entreprendre. Elaboré en concertation avec les divers représentants des secteurs socioprofessionnels concernés pour tenir compte des pratiques habituelles, les normes simplifiées permettent de satisfaire ainsi la majorité des besoins des déclarants. Chaque norme simplifiée contient des dispositions précises sur les finalités du traitement, les catégories d'informations traitées, la durée de conservation, les destinataires des informations, les enregistrements et les traitements complémentaires. En revanche, si le traitement en question ne correspond pas totalement aux caractéristiques d'une norme simplifiée, il faudra nécessairement passer par la procédure de déclaration ordinaire. Cette procédure est plus lourde car toute une série d'annexes sont à remplir pour définir le traitement envisagé et ce afin de permettre à la CNIL de vérifier la régularité de la déclaration. Cependant, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans une décision du 6 janvier 1997³⁰² :

« s'il appartient à la commission nationale de l'informatique et des libertés de

²⁹⁹ Commission nationale informatique et libertés, plus connue sous le sigle CNIL et régie par les articles 6 à 13 de la loi du 6 janvier 1978.

³⁰⁰ Voir sur ces normes, J. L. DUFOURNAUD, précité, page 21 et suivantes. Voir aussi Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, précité, page 898 et suivantes.

³⁰¹ Délibération n° 80 - 23 du 8 juillet 1980, modifiée par les délibérations n° 85 - 14 du 30 avril 1985 et 88 - 82 du 5 juillet 1988, dite norme simplifiée n° 13 relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit.

³⁰² Voir Jean-Denis COMBRELLE, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, mai 1997, page 401.

s'assurer de la régularité de la déclaration effectuée auprès d'elle au regard des prescriptions de l'article 16 et 19 précités et, notamment, de ce que les précisions exigées par l'article 19 figurent dans la déclaration, il résulte des termes de l'article 16 que la commission ou son président ne peut refuser de délivrer récépissé du dépôt de déclaration, dès lors que le dossier présenté comporte bien l'engagement prévu par l'article 16 précité et est conforme aux prescriptions de l'article 19 précité... ». C'est dire que dès lors que les prescriptions de l'article 16 sont respectées - déclarations préalables et engagements que le traitement satisfait aux exigences de la loi - ainsi que celle de l'article 19³⁰³, le traitement peut être mis en oeuvre après réception du récépissé. La CNIL, qui aux termes de l'article 31 a compétence pour examiner les dossiers de déclaration ne peut refuser de délivrer le récépissé³⁰⁴. Néanmoins, en cas de non-conformité à la loi de 1978, le déclarant « n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités »³⁰⁵. C'est dire qu'en cas de violation d'un des principes édictés par la loi de 1978, sa responsabilité pourra être retenue. Or, ce risque de responsabilité peut se concrétiser aussi bien au stade de la création du système (1°), qu'au stade de son fonctionnement (2°). Ainsi, une fois la déclaration effectuée, certaines règles devront être respectées, notamment quant à la collecte et la qualité des données rassemblées en vue de constituer le traitement.

1° Les règles applicables lors de la constitution.

140. Plan. Il est patent à ce niveau de l'analyse, de constater que l'on peut trouver, dans le *corpus* des règles secrétées par la loi informatique et libertés, une *summa divisio* entre, d'une part, les droits reconnus aux personnes sous la condition préalable d'un agissement de leur part (b), et d'autre part, ceux qui ne nécessitent pas le respect d'une telle condition (a).

a./ Droits reconnus sans intervention de la personne.

141. Le principe de loyauté. Pour toute constitution de fichiers d'incidents de paiement, par exemple, certains principes garants des droits des personnes fichées doivent être scrupuleusement respectés. Ainsi, en matière de collecte des données,

303 Article 19 : « la demande d'avis ou la déclaration doit préciser : *la personne qui présente la demande et celle qui a pouvoir de décider la création du traitement, les caractéristiques, la finalité et s'il y a lieu, la dénomination du traitement ; - le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès défini au chapitre 5 ci-dessous ainsi que des mesures prises pour faciliter l'exercice de ce droit ; - les catégories de personnes qui, à raison de leurs fonctions ou pour les besoins du service, ont directement accès aux informations enregistrées ; - les informations nominatives traitées, leur origine et la durée de leur conservation ainsi que leurs destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces informations ; - les rapprochements, interconnexions ou toute autre forme de mise en relation de ces informations ainsi que leur cession à des tiers ; - les dispositions prises pour assurer la sécurité des traitements des informations et la garantie des secrets protégés par la loi... ».*

304 Demain, il devrait en être autrement pour certains types de traitements, c'est-à-dire ceux « susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat », la CNIL devra donner son autorisation. Article 25 - I, 4° du projet de loi précité.

305 Article 16 in fine, loi 1978 précitée.

substantifique moelle du fichier, la loi du 6 janvier 1978 met en relief le principe général de loyauté. En effet, selon son article 25 : « la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite, est interdite ». Néanmoins, il reste à préciser le sens de ces mots. Car ni la loi, ni la jurisprudence, ne donnent de définition de la collecte loyale, licite et non frauduleuse. Cependant, on pourra citer, pour un cas d'application de l'article 25, la décision du 3 novembre 1987³⁰⁶ qui est venue sanctionner le responsable du traitement³⁰⁷ alors que ce dernier avait collecté les informations en adressant une lettre aux propriétaires, gérants, syndics et concierges des débiteurs de créances et demandant des renseignements sur leur employeur, leurs parents, leurs amis et leur « degré de solvabilité ». Les textes communautaires et internationaux ne sont guère plus éclairants. Si, selon la Convention 108 du Conseil de l'Europe³⁰⁸, les informations ne doivent pas être obtenues par des moyens frauduleux ou déloyaux, cette dernière ne donne pas non plus de définition de ce principe. De même, la directive européenne dispose en son article 61 que : « les États membres prévoient que les données à caractère personnel doivent être :

a) traitées loyalement et licitement.

b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes... ». Dans la directive il semble bien que les principes de loyauté et de licéité s'appliquent au traitement des données, à leur exploitation et non pas à leur collecte. En effet, les principes liés à la collecte ne trouvent application que par rapport à la finalité du traitement. Ainsi, il ne sera pas possible de collecter des données pour une finalité qui serait indéterminée, obscure ou illégitime par rapport au but recherché, aide à la décision par exemple. Enfin, on pourrait citer les principes issus des « Lignes directrices » de l'OCDE de 1980³⁰⁹ qui prévoient en leur paragraphe 7 qu'il « conviendrait d'assigner des limites à la collecte des données de caractère personnel et toute donnée de ce type devrait être obtenue par des moyens licites et loyaux et, le cas échéant, après en avoir informé la personne concernée ou avec son consentement ». D'après l'exposé des motifs des Lignes directrices, les dispositions citées ci-dessus viseraient à empêcher les pratiques impliquant, par exemple, l'utilisation de dispositifs secrets d'enregistrement des données, telles que magnétophones ou les manœuvres destinées à induire la personne en erreur pour en obtenir des informations. Il ressort de cet exposé que le caractère licite et loyal de la collecte implique de ne pas utiliser des moyens détournés, cachés, occultes pour obtenir les informations. Il y a donc derrière ces notions une connotation de transparence quant

306 Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 1987, précité, Dalloz 88, II, page 17, note Herbert MAISL

307 Nous entendons par responsable du traitement la personne physique ou morale qui est à l'initiative de la création et de la mise en œuvre du fichier. Et ce aussi bien dans le cas où il est créé par ses propres soins, que dans l'hypothèse où la création est confiée à un sous-traitant.

308 Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signé à Strasbourg le 28 janvier 1981 sous l'égide du Conseil de l'Europe et dénommée, « Convention 108 » du Conseil de l'Europe.

309 Les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, annexe à la Recommandation du conseil du 23 septembre 1980, documentation OCDE, Paris, OCDE, 1995, page 86 et suivantes.

au moyen d'obtenir des informations.

142. Principe de transparence qui doit se matérialiser soit par une simple information du sujet, soit même par un consentement de la personne visée et ce aussi bien en cas de collecte directe, qu'indirecte.

143. Transparence et collecte directe des données. Dans cette première hypothèse de collecte des données directement auprès de la personne fichée objet du traitement, l'article 27 de la loi de 1978 prévoit que l'auteur de la collecte doit informer les personnes auprès desquelles sont recueillies les informations :

- « du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- des personnes physiques ou morales destinataires des informations ;
- de l'existence d'un droit d'accès et de rectification ».

Si ces informations sont collectées par voie de formulaires ou de questionnaires, l'alinéa 3 de ce même article prévoit que ceux-ci doivent porter mention des prescriptions légales. Concernant ce devoir d'information de la personne, nous verrons plus loin la signification exacte de ce principe en matière d'analyse de la dignité de crédit, le but du présent développement étant de fixer le cadre général dans lequel les établissements dispensateurs de crédit interviennent³¹⁰, et qu'ils doivent respecter. On pourra ajouter que la directive européenne précitée prévoit les mêmes principes (article 10). A ceci près qu'en plus de cette information, la personne visée doit également être informée de l'identité du responsable du traitement ou de son représentant, ainsi que des finalités du traitement des données. On rappellera qu'aux termes du principe fondamental n° 7³¹¹ des « Lignes directrices » de l'OCDE, la collecte doit, le cas échéant, se faire « après en avoir informé la personne concernée ou avec son consentement ». Ce principe d'information apparaît comme une garantie minimale à offrir à la personne concernée. Certes, ce principe d'information, de transparence dans la collecte est nécessaire lors de la collecte directe auprès des personnes. Mais il l'est bien davantage lorsque les données sont recueillies indirectement, c'est-à-dire auprès de tiers. En effet, si en cas de collecte directe la personne contrôle les données qu'elle entend divulguer à son interlocuteur, on ne peut pas en dire de même en cas de collecte indirecte, puisque à ce stade l'auteur de la collecte s'informe auprès de tiers détenteurs d'informations sur la personne objet du traitement sans l'informer de ses démarches. Ce qui, au regard de la protection des libertés individuelles, du secret de la vie privée notamment, apparaît beaucoup plus dangereux. En effet, tenue dans l'ignorance, la personne ne peut plus exercer elle-même de contrôle sur ces données. Reste que même si l'information systématique n'est pas prévue par les textes, la jurisprudence et la doctrine de la CNIL sont venues apporter quelques limites à ce type de collecte.

144. Transparence et collecte indirecte des données. Dans cette seconde hypothèse, si l'on voulait apporter une définition à cette notion de collecte indirecte, on pourrait avancer qu'elle consiste à recueillir des informations sur une personne en

³¹⁰ Ou tout autre créateur de traitement informatique, agence de notation par exemple.

³¹¹ Précité page précédente.

s'adressant à des tiers détenteurs de celles-ci. Ce recueil d'informations pouvant s'opérer par différents moyens (juridiques) tels que location de fichiers, achat de fichiers ou simple consultation de fichiers et de bases de données accessibles à la personne collectrice. Ce type de collecte apparaît beaucoup plus dangereux pour le respect de la vie privée qu'une collecte directe. En effet, l'auteur de la collecte pourra ainsi s'informer de la situation d'une personne et traiter les données ainsi obtenues, sans que celle-ci en soit avisée et puisse faire valoir ses droits tels que définis dans la loi informatique et libertés. La jurisprudence et la CNIL ont dû intervenir pour assurer un minimum de protection aux personnes sur lesquelles des données étaient récoltées dans ces circonstances. Cette intervention nécessaire vise à réglementer quelque peu les situations où l'auteur de la collecte opère par glanage d'informations auprès de divers tiers, afin de se constituer des fichiers ou des traitements à partir de ces informations. A cet égard, nous pourrions citer la décision de la Cour de cassation du 3 novembre 1987³¹² qui est venue dire qu' « est constitutive d'une collecte effectuée par des moyens frauduleux, déloyaux, illicites, le fait pour un responsable d'une société de recouvrement de créances de recueillir, à leur insu, des informations sur des débiteurs en adressant aux propriétaires, gérants, syndics ou concierges des immeubles occupés par ses débiteurs, une demande sollicitant des indications sur leur employeur, parents ou amis et leur degré de solvabilité »³¹³. Est-ce à dire que toute collecte de données indirectes est interdite ? Il ne le semble pas, l'arrêt de la chambre criminelle du 25 octobre 1995³¹⁴ ayant jugé que : « la loi du 6 janvier 1978 ne fait nulle obligation au responsable du fichier, qui recueille auprès des tiers des informations nominatives aux fins de traitements, d'en avertir la personne concernée ». Cette affaire concernait la tenue, par un groupement d'intérêt économique dénommé « centrale professionnelle d'information sur les impayés » (CPII), d'un fichier informatisé d'incidents de paiement constatés à l'occasion des remboursements de crédits accordés par ses membres à des particuliers. Or, le plaignant aurait appris, à l'occasion d'un refus de délivrance d'une carte de crédit, qu'il figurait sur ce fichier à la demande de deux organismes financiers, lesquels avaient, à son insu, transmis au GIE des informations le concernant. Sur ce la Cour d'appel avait admis en toute logique que le plaignant devait, au regard de l'article 26 être avisé préalablement à son inscription et que « l'obligation de renseignement n'ayant pas été remplie par le maître du fichier, celui-ci a conservé des informations nominatives en violation de l'article de 26 ». C'est cette affirmation que la Cour de cassation vient censurer par l'attendu précité. Selon cette dernière jurisprudence il serait donc logique pour le collecteur de ne pas informer les personnes visées s'il obtient les informations par l'entremise d'un tiers. Il semble donc au regard de ces deux décisions que seule serait illicite, déloyale une collecte indirecte à l'insu de la personne dans un cadre purement informel ou, si l'on peut dire, opaque. En somme, dès l'instant où la

312 Arrêt chambre criminelle précité du 3 novembre 1987, Dalloz 87, II, page 17.

313 Dans le même sens, la collecte d'informations par l'Office public d'habitation de la ville de Paris (OPHVP) consistant à demander aux gardiens d'immeubles de collecter des informations sur la tenue et la moralité des locataires, 14e rapport CNIL, 1993, pages 58 et 59.

314 Voir sur cette décision, 16e rapport CNIL, page 33 ; Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1995/4, page 28 et suivantes et 1998/2, page 43 et suivantes.

cession des informations, ou leur consultation, se produit dans un cadre réglementé, l'information de la personne n'a pas à être imposée en cas de collecte indirecte. Ce n'est que si le responsable du traitement recueille ces informations sans que les tiers détenteurs en soient eux-mêmes informés (ou n'aient conscience que les informations qu'ils vont fournir, vont faire l'objet d'un traitement automatisé) que la collecte pourra être qualifiée d'illicite ou déloyale, si la personne n'est pas informée³¹⁵. Il est cependant permis de douter de la pérennité de cette solution. En effet, la directive européenne adopte à cet égard une solution contraire. Dans son article 11, cette dernière énonce que : « lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée, les Etats membres prévoient que le responsable du traitement ou son représentant doit, dès l'enregistrement des données ou, si une communication des données à un tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication des données, fournir à la personne concernée au moins les informations énumérées ci-dessous, sauf si la personne en est déjà informée ». L'information devra porter sur l'identité du responsable, la finalité du traitement, les données concernées, les destinataires et l'existence d'un droit d'accès et de rectification. Force est donc de constater qu'il existe un décalage entre la jurisprudence française et le texte européen³¹⁶. La raison est peut-être à rechercher du côté de la législation même de 1978 qui prévoit³¹⁷ que lors de la collecte directe, la personne doit être informée des destinataires des informations. C'est donc à ce stade que serait assurée la protection de l'individu, lequel pourrait toujours s'opposer à la transmission en exerçant son droit d'opposition³¹⁸. Position qui sera, probablement, clairement affirmé par la future loi de transposition de la directive. En effet, la proposition de loi de transposition reprend mot pour mot la règle établie par la loi de 1978. Si le principe général de loyauté lors de la collecte (directe ou indirecte) semble assurer, par l'entremise du devoir d'information de la personne, la protection de l'individu, il n'en reste pas moins que le législateur est venu prohiber la collecte de certaines informations, et *a fortiori* leur utilisation dans un traitement d'informations nominatives. Il s'agit là d'un autre grand principe édicté par la loi en matière de constitution de fichier.

145. Principe d'interdiction de la collecte de certaines données. Ce sont les informations dites sensibles, qui ne peuvent être ni collectées ni utilisées dans un traitement, notamment pour la constitution d'un fichier d'incidents de paiement. A ce titre,

315 J. -L. Dufournaud, précité, page 17 in fine.
ean uc

316 Décalage qui devrait être gommé, si l'on se réfère au projet de loi relatif à la transposition en droit français de la Directive européenne.

317 Voir l'article 27 de la loi de 1978 précitée.

318 Voir l'article 26 de la loi de 1978 qui reconnaît à toute personne physique, « le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fasse l'objet d'un traitement ». Reste à préciser ce que l'on doit comprendre par raisons légitimes. Il est permis de penser qu'il appartiendra aux juges du fond d'en fixer les contours sans doute à la lumière du principe de finalité. Néanmoins, on peut d'ores et déjà avancer que le critère de la protection de la vie privée constitue une raison suffisante pour s'opposer. En effet, toute personne a droit à ce que les données la concernant demeurent secrètes, demeurent dans le cadre de la vie privée tel que défini par article 9 du Code civil.

trois séries d'informations sont expressément visées par la loi informatique et libertés. D'une part, selon l'article 30, il est impossible de traiter des informations concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté. Ce type d'informations ne pourrait donc pas figurer dans un fichier permettant de fournir des informations sur la versatilité d'un emprunteur. Ces informations ne pourront alors pas servir de base à l'évaluation de la dignité de crédit de ce dernier. D'autre part, selon l'article 31 alinéa 1, il est formellement interdit à toute personne d'enregistrer des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, ou les appartenances syndicales, ou les mœurs des personnes. Cependant, le législateur qui instaure dans un premier temps une interdiction de principe admet la possibilité d'un enregistrement de ces données si la personne concernée donne son accord exprès³¹⁹, c'est-à-dire un accord écrit et sans équivoque. Cependant, on peut se demander la force qu'aura un tel accord lorsque pour la personne visée il s'agira d'obtenir le bénéfice d'un contrat. La situation est particulièrement éclairante dans le cadre d'opérations de crédit où le demandeur souhaite obtenir un financement. Dans cette situation, pourra-t-il refuser son consentement au banquier qui voudrait récolter de tels renseignements ? Le demandeur de crédit se trouve ici dans un état de faiblesse économique qui peut nous amener à nous interroger sur la réalité de son consentement. N'est-il pas vicié par sa position de faiblesse ? Assurément, puisque dans l'esprit du demandeur, d'un refus d'accord pourrait résulter pour lui un refus d'octroi du crédit, même si, juridiquement, un tel refus ne pourrait se fonder sur un tel motif (quoique la confiance étant, pour une large partie, subjective, on pourrait imaginer qu'un manque de transparence à ce niveau puisse entamer cette confiance, le banquier n'ayant pas à justifier son refus). Enfin, il n'est pas non plus permis d'enregistrer les informations qui ont trait à l'exercice du droit de rétractation prévue à l'article L. 311 - 15 du Code de la consommation qui permet à l'emprunteur dans un délai de sept jours suivant l'acceptation de l'offre de crédit, de revenir sur son engagement. C'est dire qu'en matière de crédit, un banquier ou un groupement d'établissements de crédit ne pourrait récolter de telles informations en vue de constituer un fichier de demandeurs de crédit jugés peu fiables. En effet, d'après cet article L. 311 - 15, « l'exercice par l'emprunteur de sa faculté de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier ». Il est alors certain qu'au regard de ces dispositions, tout n'est pas possible en matière de constitution de fichiers, certaines informations restant hors de portée d'un enregistrement, pour fichage notamment.

146. Principe de proportionnalité. S'agissant des informations qui peuvent être collectées, la CNIL, ainsi que la directive européenne, imposent le principe de proportionnalité par rapport au but, à la finalité poursuivie. Cela signifie que la collecte des données doit être limitée au strict nécessaire afin d'atteindre le but recherché. Ainsi, l'article 6 c/ de la directive européenne prévoit que les données à caractère personnel doivent être... « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquels elles sont traitées ultérieurement ». Nous ferons remarquer qu'une telle disposition n'est pas prévue par la loi informatique et libertés, mais que la CNIL a développé une doctrine dans ce sens, notamment dans le

319 Article 31 alinéa 1, « sauf accord exprès de l'intéressé ».

domaine de la distribution des crédits au sujet du critère de la nationalité. Elle a estimé que ce critère ne pouvait servir de base à l'élaboration d'un fichier ou d'un traitement au motif qu'il apparaissait, eu égard au but poursuivi, comme peu pertinent³²⁰. Il est cependant vrai que la formule énoncée à l'article 6 c/ se révèle particulièrement abstraite et difficile à cerner³²¹. En effet que faut-il entendre par données adéquates, données pertinentes³²² et données non excessives ? Sans pouvoir fournir de définition certaine, nous pouvons dire, sans trop nous tromper, que ces notions correspondent à l'idée d'utilité, de nécessité³²³ par rapport au but recherché. Ainsi, une information sans aucune utilité pour le traitement ne pourrait pas être qualifiée d'adéquante ou de pertinente. De même qu'une information superflue au regard de la finalité du traitement apparaîtra comme excessive parce qu'inutile au traitement. A titre d'illustration, nous nous référerons à la délibération de la CNIL du 17 mars 1998, portant avertissement au Crédit Mutuel de Bretagne, par laquelle a été demandée à cet organisme la suppression du fichier des informations telles que « menteur », « très timide », ces mentions ayant été jugées excessives par rapport à la finalité du traitement³²⁴. Principe de proportionnalité donc, mais aussi principe d'exactitude des informations récoltées.

147. Principe d'exactitude. En effet, un traitement, fichier d'incidents de paiement dans notre cas, qui comporterait des informations inexactes ou périmées ne devrait pas perdurer sans une modification. C'est donc un principe de qualité des données qui est reconnu notamment par la législation française, mais plus explicitement encore par les textes communautaires et internationaux (Convention 108 du Conseil l'Europe et principes de l'OCDE). Ainsi, la loi de 1978 impose ce principe, à son article 37, en énonçant qu' « un fichier nominatif doit être complété ou corrigé même d'office lorsque l'organisme qui le tient acquiert connaissance de l'inexactitude ou du caractère incomplet d'une information nominative contenue dans ce fichier »³²⁵. Cette même obligation est prévue par la directive européenne en son article 6 d/ qui prévoit que les données « doivent être... exactes et, si nécessaire, mises à jour ». Et, en cas d'inexactitude ou de

320 Sur ce problème particulier, voir infra n° 34⁹ et suivants.

321 Frédéric de BROUWER, R. D. A. I., revue de droit des affaires internationale, n° 2, 1999, n° 21, page 191.

322 Principe repris par les « Lignes directrices » de l'OCDE, précité, principe fondamental n° 8 qui porte que : « les données de caractère personnel devraient être pertinentes par rapport aux finalités en vue desquelles elles doivent être utilisées... ». Principe également énoncé dans la convention pour la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, en son article 5^c, duquel résulte que : « Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées ».

323 Voir en ce sens, dictionnaire Permanent Droit des Affaires, précité, page 900 A, n° 20.

324 Ibidem page 898 ; voir sur la délibération, 19^{ème} rapport CNIL, page 119 et suivantes.

325 D'après l'article 38 de cette même loi, si l'information a été transmise à un tiers, le responsable du traitement doit avertir ce tiers de sa rectification ou annulation.

données incomplètes, qu'elles « soient effacées ou rectifiées »³²⁶. Ce principe général de qualité des données n'est qu'une obligation de moyens dont le critère d'évaluation et celui du responsable du traitement normalement diligent et prudent. Le responsable du traitement doit donc tout mettre en oeuvre pour que les données qu'il détient soient exactes et mises à jour. A ce titre, la directive nous rappelle dans son article 6 d/ que « toutes les mesures raisonnables devraient être prises pour que les données inexactes ou incomplètes... soient effacées ou rectifiées ». Il ne s'agit donc pas d'imposer au responsable du traitement une quelconque obligation de résultat quant à l'exactitude des informations. On peut néanmoins s'émouvoir devant cette conception, car l'inexactitude ou le caractère incomplet d'une information peut avoir de lourdes conséquences pour les personnes concernées, qui pourraient se voir refuser le bénéfice d'un contrat, par exemple au motif illégitime qu'elles sont inscrites dans un fichier privé d'incidents de paiement. Or, s'il en résulte un préjudice pour la personne, celle-ci devrait pouvoir engager la responsabilité du maître du fichier sur la base de l'article 1382 du Code civil.

148. Principe d'adéquation aux finalités recherchées. Si les données doivent être traitées loyalement, si elles doivent être exactes et complètes, il faut également admettre qu'elles ne peuvent être récoltées que pour une ou des finalités spécifiques. C'est là un principe directeur des législations en matière d'informatique et libertés, et plus précisément de la directive européenne. C'est dire que la collecte n'est envisageable que si elle poursuit un but déterminé par avance. En effet, il ne s'agit pas de récolter des informations nominatives pour déterminer ultérieurement leur fonction.

149. Inexistence d'une consécration directe. Il est cependant exact que le principe de finalité des traitements n'est pas expressément édicté par le législateur français. Néanmoins, ce principe domine très largement la doctrine³²⁷ de la CNIL et les normes simplifiées³²⁸ qu'elle édicte. La CNIL³²⁹ ne fait, par ses avis et délibérations, qu'appliquer un principe explicitement avancé dans les législations européenne et internationale, sur lesquelles elle prend appui. En effet, au regard de l'article 6 b/ de la directive 95/46/CE, il est précisé que : « les données à caractère personnel doivent être [...] collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ». De même, le principe n° 9 de la convention

326 Même principe édicté par le principe fondamental n° 8 de la convention OCDE précitée, page 87 ; et par l'article 5 d/ la Convention 108 du Conseil de l'Europe, Journal du Droit International, 1982, page 75 et 87.

327 Voir 19^{ème} rapport CNIL, page 39, où l'on peut relever cette phrase fort évocatrice de la place de ce principe dans la doctrine de la CNIL : « le principe de finalité d'un traitement automatisé de données nominatives est un principe cardinal de toutes les législations de protection des données ».

328 Voir pour un exemple la norme simplifiée n° 13 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit qui, en son article 2, précise les finalités du traitement des informations.

329 Il suffit de se référer aux modèles d'annexes à joindre au formulaire de déclaration ordinaire d'un traitement automatisé de gestion des dossiers de crédit, pour s'apercevoir, annexe VII et XII -1, que le déclarant doit faire mention des finalités du traitement. Voir pour un modèle, Jean-Luc DUFOURNAUD, précité, page 167 et suivantes.

OCDE énonce que « les finalités en vue desquelles les données de caractère personnel sont collectées devraient être déterminées au plus tard au moment de la collecte des données et lesdites données ne devraient être utilisées par la suite que pour atteindre ces finalités ou d'autres qui ne soient pas incompatibles avec les précédentes et qui seraient déterminées dès leur modification ». De même l'article 5 b/ de la Convention 108 précise que « les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont utilisées de manière incompatible avec ces finalités ».

150. Signification du principe. Il résulte donc de ce principe qu'une finalité imprécise ou inextricable est exclue. On ne devrait donc pas pouvoir se contenter d'une finalité qui n'est pas clairement annoncée ou qui est sous-entendue. De même, la finalité ou les finalités doivent être légitimes, justes et équitables. C'est-à-dire que la ou les finalités poursuivies doivent être utiles et nécessaires au vu de l'objet social du responsable du traitement ou au regard de l'intérêt général. Ainsi, un traitement ne doit pas s'immiscer de manière excessive dans la vie privée des individus sous couvert d'accomplissement de l'objet social. Par exemple, pour l'établissement de crédit, la recherche d'un octroi ou d'un refus de crédit. Il s'agira donc de mettre en balance, en utilisant la règle de proportionnalité, l'intérêt des personnes visées à voir respecter leur droit à la vie privée et l'intérêt particulier à procéder au traitement des données³³⁰ : dans notre exemple la recherche d'une décision sûre et fondée, la recherche d'une sécurité juridique. On aura également pu remarquer que la finalité doit non seulement être précisément déterminée lors de la collecte, mais qu'au surplus celle-ci ne peut se voir modifiée par la suite. Cela signifie que les données recueillies³³¹ ne doivent pas être utilisées à d'autres fins que celles annoncées lors de la déclaration. Il devient alors impossible au responsable du traitement de dévier du but initialement prévu. L'hypothèse inverse serait constitutive d'un détournement de finalité expressément récriminé par l'article 44 de la loi informatique et libertés³³². En effet, l'un des principaux objets de la déclaration³³³ est de faire apparaître la finalité du traitement. C'est en fonction du but poursuivi, et de la nature des données enregistrées, que la CNIL et la personne visée pourront apprécier le caractère dangereux du traitement. Une déviation trop importante par rapport à la finalité initialement déclarée, l'addition d'une finalité non déclarée ou non prévue par une norme simplifiée, constitue un détournement de finalité³³⁴. Le texte de la

330 Voir Frédéric de BROUWER, précité, n° 17 page 189.

331 Ou une partie d'entre elles seulement ; Pierre KAYSER, « La protection de la vie privée par le droit : la protection du secret de la vie privée », édition sEconomica, 1995, page 489.

332 Article 44 de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 qui énonce que « sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans quiconque étant détenteur d'informations nominatives à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de tout autre forme de traitement, les aura détournées de leur finalité telle qu'elle est définie dans la déclaration à la CNIL... ».

333 Voir annexes VII et XII - 1 précité s.

334 Jean FRAYSSINET, « Informatique, fichiers et libertés », Litec, 1992, page 223.

directive et les textes internationaux parlent à ce sujet « d'utilisation compatible avec les finalités initialement annoncées ». C'est admettre qu'il puisse y avoir un léger décalage avec l'annonce initiale mais sans trop s'en écarter. On pourrait, pour nous éclairer sur cette notion de compatibilité, faire référence à ce qui est dit dans la législation belge³³⁵ qui prévoit que l'appréciation de la compatibilité de traitement avec la finalité originaires doit se faire *in concreto*, en fonction notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé. Ainsi, selon son commentateur,³³⁶ « plus le responsable du traitement s'écarte de son activité habituelle, plus le risque est grand pour lui de réaliser un détournement de finalité ». La remarque est particulièrement bienvenue si on la compare à la décision du Tribunal correctionnel de Rennes³³⁷, qui a décidé qu'était constitutif d'un tel détournement le fait pour un membre du directoire d'une Caisse d'épargne d'utiliser le fichier des clients de la Caisse pour la prospection commerciale de produits sans lien avec l'activité de la Caisse. Nous pouvons dire, pour conclure, que le détournement de finalité sera caractérisé lorsqu'une finalité différente aura été substituée à celle initialement prévue, ou bien lorsqu'une seconde finalité aura été adjointe à celle prévue *ab initio*³³⁸. Dès lors, hors hypothèse d'un détournement, le traitement déclaré devrait pouvoir valablement être mis en oeuvre sans autres conditions. Mais ceci ne préjuge en rien de la possibilité pour les personnes fichées de faire valoir les droits que leur reconnaît la loi informatique et libertés, notamment.

b./ Droits reconnus sur intervention de la personne.

151. Principe du droit d'opposition. D'après l'article 26 de la loi de 1978 il est toujours possible à la personne dont les données sont visées de « s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement ». La difficulté de l'exercice de ce droit tient dans la détermination des « raisons légitimes ». En d'autres termes, quand pourra-t-on dire que l'opposition est légitime ? En dehors de toute précision apportée par la loi, il reviendra aux juridictions de fixer les contours de ce droit. Et elles ne sont, jusqu'à présent, intervenues que peu souvent³³⁹.

152. Cas légitime d'exercice du droit d'opposition : la protection de la vie privée. Mais, d'ores et déjà, l'on peut admettre que la protection de la vie privée devrait justifier cette opposition. En effet, il apparaît naturel qu'une personne qui ne souhaite pas, par exemple, faire l'objet d'un fichage, puisse s'opposer à celui-ci. C'est là, semble-t-il, un

335 Loi de 1998 portant transposition de la Directive 95/46/CE. Voir pour cette loi, Frédéric de BROUWER, précité, notamment notes 1, 2 et 3, page 203.

336 Ibidem .

337 Tribunal correctionnel de Rennes, 8 décembre 1988, Procureur de la République et UFC « Que Choisir » contre G., 9e rapport CNIL, pages 23 et 402.

338 En ce sens Pierre KAYSER, « La protection de la vie privée par le droit : la protection du secret de la vie privée », précité, n° 289, page 489.

339 Voir cependant pour une violation de ce principe, Cour d'appel de Rennes, 6 février 1996, Petites Affiches, 2 juin 1997, n° 66 - 11, observation Marie-Gaëlle CHOISY.

aspect essentiel du droit au respect de la vie privée notamment reconnu par la directive 94/46/CE qui prévoit, à son article 14, que la personne concernée a le droit : « au moins dans les cas visés à l'article 7 point e/ et f/ de s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données le concernant fassent l'objet d'un traitement... ». On peut s'apercevoir à la lecture du texte que la directive parle de « raisons prépondérantes et légitimes »³⁴⁰. Est-ce à dire que la protection de la vie privée ne suffirait plus à justifier l'opposition ? Nous ne le pensons pas. Néanmoins, il semble que le terme « prépondérant » conduira davantage à confronter l'intérêt du responsable du traitement (accomplissement de l'objet social), à celui de la personne visée (protection de la vie privée). C'est en somme deux libertés fondamentales qui vont s'affronter : liberté d'entreprendre et liberté de garder sa vie privée secrète. D'après certains³⁴¹, c'est à l'aune du critère de proportionnalité³⁴² que la question devra être réglée. Ainsi, il n'y aurait pas de raison prépondérante et légitime à s'opposer à un traitement dont les données sont traitées de façon adéquate, pertinente et non excessive. Cette conception nous paraît par trop réductrice et la question devrait plutôt être résolue au regard des dispositions de l'article 1^{er} de la loi de 1978. Dans cette logique, le traitement ne devra pas porter atteinte aux droits de l'homme, à l'identité humaine, à la vie privée ou aux libertés³⁴³. En effet, on peut se demander, à titre d'exemple, s'il n'y a pas atteinte à l'identité humaine à mettre en oeuvre un système de *scoring*, système qui vise à catégoriser les individus par l'établissement de critères uniformes et prédéterminés ? N'y aurait-il pas une raison légitime à s'opposer à être réduit à un résultat, une note, même si du point de vue du maître du traitement la légitimité et la pertinence du procédé sont certaines ? On le voit donc, la résolution de la question par les juridictions sera délicate et longue.

153. Traitements visés par le droit d'opposition. Pour autant, si dans la loi de 1978 le droit d'opposition ne semble pas limité à un quelconque traitement, celui reconnu par la directive précise bien que ce droit d'opposition s'applique aussi aux hypothèses visées par l'article 7 e/ et 7 f/. Ainsi le droit pourra s'exercer pour les traitements nécessaires à l'exécution d'une mission d'intérêt public (article 7 e/) et pour ceux « nécessaires à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement », ce qui pour cette dernière disposition couvre un champ d'application assez large. En effet, la personne visée pourra s'opposer à ce que les données la concernant soient utilisées dans un traitement qui aurait pour but l'intérêt légitime du responsable. Là encore la notion d'intérêt légitime devra, nous semble-t-il, s'apprécier par rapport à l'objet social du maître du traitement, par rapport à son activité. Or, nous voyons mal, en pratique, le responsable développer un traitement qui n'aurait aucun lien avec

340 « Qui a plus d'importance, d'autorité, etc. », Larousse élémentaire. « Qui a plus de poids qu'un autre, qui est supérieur par la considération », Litt^{ré}, 1967, volume 3, Pinter à Zymote, page 918.

341 Frédéric de BROUWER, précité, n° 41, page 199.

342 Voir ^{n°} *supra* 146.

343 En ce sens, voir Pierre KAYSER, précité, page 477.

l'accomplissement de son objet social. Dès lors, en dehors de toute opposition au traitement, il paraît acquis, du moins au regard de la législation française, que le traitement puisse être librement mis en oeuvre par le responsable. Cependant, l'on doit ici apporter une correction importante issue de la législation européenne. Il ne suffit pas en effet d'avoir déclaré le traitement en bonne et due forme pour qu'il puisse être mis en oeuvre. Encore faut-il que cela apparaisse comme légitime.

154. Le consentement de la personne : condition de légitimité du traitement. La lecture de l'article 7 de la directive 94/46/CE nous éclaire sur ce point en énonçant que « le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que : si la personne concernée a indubitablement donné son consentement [...] » . Comme en matière de traitement de données sensibles, il faut supposer que le caractère indubitable du consentement apparaîtra lorsqu'il sera donné de manière non équivoque, et dont l'expression la plus aboutie semble bien être apportée par l'écrit. Néanmoins, la production de l'écrit n'est pas pour autant une obligation. En effet, si cela avait été l'intention des rédacteurs de la directive, le terme « écrit » apparaîtrait clairement. La définition du consentement par la directive ³⁴⁴ apporte un éclairage sur ce point en caractérisant le consentement comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée (ou son représentant légal) accepte que les données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » . L'écrit n'est pas une exigence de la directive, cependant le consentement doit être donné « indubitablement » ³⁴⁵ . Ce qui signifie qu'il doit être donné de façon certaine. Or, en matière de certitude, même si l'écrit n'est pas imposé, il est fortement suggéré. Il semble bien en effet que la meilleure preuve de l'existence d'un consentement soit la production d'un écrit clair et précis.

155. Exception à la nécessité du consentement : la poursuite d'un l'intérêt légitime. Cependant, à défaut de consentement, il est prévu que la légitimité du traitement sera assurée :

c) s'il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis [...] ;

f) s'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1 § 1^{er} » .

Hormis les cas où la loi du pays impose le traitement des données, il est intéressant de relever que même à défaut de consentement indubitable de la personne, et sauf opposition de sa part, il est possible au maître du fichier de faire application du traitement des données « s'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement... ». Nous avons déjà signalé que cet intérêt légitime devrait se traduire par l'accomplissement de l'objet social. Ainsi, tout traitement qui serait en relation avec l'activité du responsable, qui permettrait ou contribuerait à la réalisation de l'objet

344 Article 2 b/, Directive 94/46/CE.

345 « D'une manière certaine, assurée », Larousse élémentaire.

social devrait être qualifié de légitime. En ce qui concerne l'établissement d'un fichier d'incidents de paiement, n'a-t-il pas vocation à éviter des pertes futures en refusant les crédits à des personnes jugées peu solvables ou peu dignes de crédit ? N'est-ce pas de l'intérêt légitime de l'établissement de crédit que de s'assurer de la bonne sortie d'un prêt ? L'activité de distribution du crédit faisant partie des attributs exclusifs³⁴⁶ des établissements de crédit, il paraît tout à fait légitime que les établissements de crédit protègent leurs intérêts par, notamment, le truchement de fichiers d'incidents de paiement ou autres, aptes à servir d'élément d'analyse de la dignité de crédit du demandeur de crédit. Néanmoins, cette légitimité attachée à la réalisation de l'intérêt légitime du responsable ne peut s'opposer aux intérêts et aux droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, tels que rappelés dans la loi³⁴⁷ et la directive européenne³⁴⁸.

153. Limite : la nécessaire protection des intérêts supérieurs de la personne. Il s'agit, bien entendu, par ces dispositions, de protéger le respect de la vie privée, telle que définie par l'article 9 du Code civil, mais aussi l'identité, la personnalité des individus³⁴⁹. Sans atteinte à la vie privée, il peut donc y avoir atteinte à la personnalité par le biais d'un traitement informatique. En effet, le terme est défini comme, « ce qui fait l'individualité d'une personne morale » ou « fonction par laquelle un individu conscient se saisit (...) comme un sujet unique et permanent » ou de ce « qui différencie une personne de toutes autres »³⁵⁰. Au regard de ces définitions, l'intérêt de la personne à être considérée comme une, à être individualisée, différenciée des autres apparaît comme une liberté, un droit fondamental attaché à celle-ci. Or, comme nous pourrions le voir dans notre second titre, un traitement faisant application d'un système score ou même d'une segmentation comportementale vise précisément à catégoriser les individus dans des groupes prédéterminés faisant ainsi fi de leur individualité. Nous pourrions même, en poussant à l'extrême le raisonnement, se demander si l'intérêt légitime du maître du traitement n'est pas en ce cas supplanté par l'intérêt supérieur de la personne à voir ses droits et sa personnalité préservés. Il est vrai qu'il y a quelque chose d'éminemment humain derrière ce terme, en apparence si peu compatible avec l'informatique qui, elle, tend à déshumaniser les rapports entre les contractants. Qui a-t-il d'humain lorsque c'est la machine qui évalue la dignité de crédit d'une personne ? Peu de choses, si ce n'est l'homme qui actionne l'instrument. Néanmoins, cette réflexion ne doit pas devenir un obstacle à la liberté d'entreprendre des établissements de crédit. L'intérêt légitime de ces

346 Article L. 311-5 du Code monétaire et financier.

347 Article 1er : l'informatique « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles et publiques ».

348 Article 1er § 1er : « Les États membres assurent, conformément à la présente Directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques et, notamment de leur vie privée, à l'égard du secret des données à caractère personnel ».

349 Selon le rapporteur de la commission des lois du Sénat, l'informatique ne doit faire perdre à la personne « ni son nom, ni sa langue, ni sa personnalité » ; documentation Sénat, 1977-78, n° 72, page 22.

350 Dictionnaire Petit Robert, 1986, page 1406.

derniers est d'évaluer une solvabilité, une dignité afin d'assurer la bonne tenue de leur compte d'exploitation peu conciliable avec une conception excessivement rigoureuse de la notion de personnalité. D'ailleurs, n'est-il pas également de l'intérêt de la personne, de sa protection contre elle-même, que soient développés de tels traitements ?

157. Perspectives. A l'époque d'une protection exacerbée du consommateur, l'idée n'est pas du tout saugrenue. La résolution de la question de la légitimité d'un traitement n'est pas, à cet égard, chose facile. Nous pourrions d'ailleurs signaler que la future loi de transposition ne simplifiera pas, semble-t-il, les choses, car le projet de loi³⁵¹ réitère les six conditions de légitimité posées par la directive européenne. Il importe alors de préciser la portée exacte des conditions dictées par le texte européen. Ainsi, le fait de rencontrer l'une de celles-ci n'implique pas automatiquement que l'exigence de légitimité soit remplie. Il faut, semble-t-il, appliquer cumulativement ces dispositions avec celles de l'article 6³⁵². Dès lors, les situations décrites ci-dessus doivent « s'analyser comme des conditions *sine qua non*, nécessaires mais non suffisantes »³⁵³. Ainsi, à titre d'exemple, le consentement indubitable de la personne ne peut permettre, à lui seul, de légitimer la finalité d'un traitement. Il s'agit sans doute là de protéger la personne contre elle-même, voire contre les éventuelles pressions des responsables de fichiers afin de légitimer leur traitement. Ces dispositions s'inscrivent dans le cadre général de la directive et de la loi nationale et visent, comme nous avons pu le voir, à fixer les règles de base qui sont à respecter pour tout responsable de traitements ou de futurs traitements. Notre législation a d'ailleurs institué, pour assurer le respect des normes, un organisme spécifique et indépendant, la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Sans vouloir nous attarder trop longuement sur cet organe, ce thème dépassant le cadre de notre sujet, il est possible de dire brièvement que sa compétence s'exerce surtout *a posteriori*³⁵⁴, c'est-à-dire en cas de violation des règles, et une fois la déclaration établie. C'est donc au travers des droits accordés aux personnes visées que la CNIL intervient³⁵⁵. Le premier rempart de la protection des droits et libertés des personnes dont les données sont récoltées et traitées est donc constitué par les individus, par l'exercice des droits qui leurs sont conférés par la loi.

2° Les règles applicables lors du fonctionnement du traitement.

³⁵¹ Article 7

³⁵² Voir développements précédents sur le principe de loyauté, le principe de finalité, le principe de qualité des données, n°76 et suivants

³⁵³ Voir Frédéric de BROUWER précité, n° 22, page 192.

³⁵⁴ Voir article 16, loi du 6 janvier 1978, « Dès qu'il a reçu le récépissé délivré sans délai par la commission, le demandeur peut mettre en oeuvre le traitement... ». D'une lecture littérale de cette disposition, il ressort qu'il n'y a pas de place pour un examen au fond de la conformité à la loi du traitement automatisé le récépissé doit être délivré sans délai. Le contrôle ne peut être qu'*a posteriori*. Décision de Conseil d'Etat du 6 janvier 1997, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, avril 1997, décision n°722.

³⁵⁵ Sur les pouvoirs de la CNIL, voir notamment article 21 lui attribuant une mission de contrôle et de saisie du Parquet

158. Plan. Mis à part les obligations qui sont imposées au maître du traitement lors de la constitution du fichier, notre législation confortée en cela par la directive 94/46/CE³⁵⁶, et les textes internationaux³⁵⁷, entend accorder des droits directs et individuels aux personnes visées par un traitement informatique. Il s'agit d'offrir à l'individu un droit de regard et de contrôle, sur les données nominatives le concernant, afin de s'assurer des conditions d'utilisation des informations, de la qualité des données et du respect de la loi informatique et libertés. Par cette dernière, le législateur a promulgué ainsi un véritable « Habeas data »³⁵⁸ à disposition des personnes. Ces droits sont notamment énoncés aux articles 34 et 35, pour le droit d'accès, à l'article 35 pour le droit de communication, et à l'article 36 pour le droit de contestation.

159. Le droit d'interrogation. Le préliminaire à ces droits est l'existence d'un droit à la « curiosité » qui va permettre à toute personne de savoir si elle fait ou non l'objet d'un traitement. En effet, l'exercice des autres droits est bien évidemment conditionné par la connaissance de l'existence d'un traitement sur le sujet. Ainsi, l'article 34 de la loi de 1978³⁵⁹ dispose que « toute personne justifiant de son identité a le droit d'interroger les services ou organismes chargés de mettre en oeuvre le traitement automatisé... en vue de savoir si les traitements portent sur des informations nominatives la concernant, le cas échéant, d'en obtenir communication ». Une fois que la personne a pris connaissance du traitement relatif à des données nominatives, elle pourra exercer les autres droits reconnus par les textes.

160. Droit d'accès et de communication. Ces deux droits sont en étroite symbiose, l'un, le droit d'accès, conditionnant l'existence de l'autre, le droit à communication. D'après l'article 35 de la loi de 1978 : « le titulaire du droit d'accès peut obtenir communication des informations le concernant. La communication, en langage clair, doit être conforme au contenu des enregistrements »³⁶⁰. Dès lors que la personne a connaissance de l'existence d'un traitement la concernant, elle pourra obtenir communication de toutes les données se rapportant à elle en exerçant son droit d'accès³⁶¹. Cependant, on doit ici introduire une limite au droit à communication pour certaines

³⁵⁶ Article 12 a/ de la Directive, pour le droit d'accès ; article 12 b/ pour le droit de rectification et de communication ; article 14 pour le droit d'opposition.

³⁵⁷ Pour la Convention 108, l'article 8 a/ prévoit un droit à la connaissance de l'existence du traitement ; l'article 8 b/ prévoit lui un droit d'accès et l'article 8 c/ accorde également un droit de rectification et d'effacement des données, mais semble-t-il, pas de droit à contestation. Pour les « Lignes directrices » de l'OCDE, les mêmes droits sont reconnus aux personnes dont les données sont traitées. Il en est ainsi, pour le droit à la reconnaissance de l'existence d'un traitement : principe directeur n° 12, pour le droit d'accès : principe n° 13 a/, pour le droit de communication : principe n° 13 b/, pour le droit de contestation : principe n° 13 d/.

³⁵⁸ Voir, Jean FRAYSSINET précité, page 224.

³⁵⁹ De même, l'article 8 a/ de la Convention 108 : « toute personne doit pouvoir connaître l'existence d'un fichier automatisé de données à caractère personnel... » ; le principe n° 12 des « Lignes directrices de l'OCDE » : « il devrait être possible de se procurer aisément les moyens de déterminer l'existence et la nature des données de caractère personnel... » ; l'article 12 de la Directive : « les États membres garantissent à toute personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement : a/ sans contrôle... la confirmation que les données la concernant ne sont pas traitées... ».

catégories d'informations. En effet, la délibération de la CNIL du 1^{er} avril 1980 précise que, « le responsable du traitement n'est pas tenu de donner suite aux demandes concernant les catégories d'informations suivantes : informations estimatives ou prévisionnelles tant que celles-ci ne sont pas opposées à la personne concernée ».

Selon Jean-Luc DUFOURNAUD, « les informations permettant au banquier d'apprécier un risque doivent être considérées comme entrant dans cette catégorie ». Il semble donc que l'appréciation du risque fournie par un système score ou un système expert puisse entrer dans le champ de cette disposition. Cela signifierait en pratique que la personne ne pourrait obtenir communication du score tant que celui-ci ne lui est pas directement opposé, notamment pour l'obtention d'un droit³⁶². Reste que concrètement, il sera bien difficile à la personne d'établir que la note lui a été opposée. En effet, il suffira au banquier de taire l'information³⁶³ pour ne pas se voir opposer le droit à communication. Outre ce dernier aspect, si la personne qui exerce son droit d'accès obtient communication des informations, ce qui devrait être la situation normale, encore faut-il qu'elles lui soient communiquées, nous dit-on,³⁶⁴ sous forme « intelligible »³⁶⁵.

161. Une communication sous forme « intelligible ». Cela signifie que les données devront être présentées de telle façon que la personne puisse aisément les comprendre. A titre d'exemple, et de manière quelque peu caricaturale, il est exclu que le responsable du traitement présente des informations sous forme de codes, incompréhensibles pour le titulaire du droit. Le langage employé pour satisfaire aux droits de communication doit être « clair » nous dit loi de 1978. Dès lors, le responsable du traitement doit expliquer la signification des sigles et codes employés afin que les personnes ne se retrouvent pas

360 Droit repris par : la Convention 108 en son article 8 b/ : « toute personne doit pouvoir obtenir... la confirmation de l'existence ou non, dans le fichier automatisé, de données à caractère personnel la concernant ainsi que la communication de ces données sous une forme intelligible », - les Lignes directrices de l'OCDE en principe n° 13 : « toute personne physique devrait avoir le droit : a/ d'obtenir du maître d'un fichier... confirmation du fait que le maître du fichier détient ou non des données personnelles la concernant ; d/ de se faire communiquer les données la concernant ; [...] iv) sous une forme qui soit aisément intelligible... » ; - la Directive 94/46/CE à l'article 12 : « ...le droit d'obtenir du responsable de traitement a/ [...] la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements ».

361 La loi ne pose pas de limites au droit d'accès et de communication, mais il est vrai que la CNIL peut accorder des délais de réponse en raison d'impératifs techniques ou autoriser à ne pas répondre à des manifestations abusives par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique, Jean FRAYSSINET, précité, page 226.

362 En l'absence d'un droit au crédit, il serait préférable d'employer le terme « prestation ».

363 On pourrait se demander à ce titre dans quelle mesure un tel silence ne risque pas d'être qualifié de réticence dolosive au titre de l'article 1116 du Code civil et/ou de refus de communication sanctionnable par les tribunaux sous forme d'astreinte, à défaut de disposition dans la loi de 1978 sanctionnant directement ce type de refus. Pour les sanctions pénales du refus de communication voir Pierre KAYSER, précité, pages 493 et 494.

364 Textes précités.

365 Qui peut être facilement entendu ou compris, dictionnaire Larousse élémentaire.

face à une succession de chiffres et de termes uniquement lisibles par les hommes de l'art. A défaut d'explications³⁶⁶, ce serait là un formidable moyen de détourner la loi sous l'apparence de la respecter. On remarquera, en matière de communication, que la directive va plus loin que notre législation nationale³⁶⁷, puisque l'article 12 contraint le responsable du traitement à fournir « toutes informations disponibles sur l'origine des données... » ce qui signifie que le maître du traitement doit indiquer à la personne les sources de collecte des informations, s'il ne l'a pas fait auparavant. Ce droit de communication devient particulièrement intéressant lorsque la collecte provient d'un tiers, puisqu'elle permettra aux personnes de savoir qui a fourni les données, et éventuellement exercer les droits qui leurs sont reconnus, notamment en matière de collecte déloyale, illicite, etc.. Il est également précisé, cette fois par la loi française (article 35 précité), que la communication « doit être conforme au contenu des enregistrements ».

162. Une communication sincère. L'affirmation va de soi. Néanmoins, le législateur a voulu éviter, par ces dispositions, que le responsable du traitement puisse présenter à la personne des informations qui ne sont pas enregistrées sous la même forme dans le traitement. En effet, par ce moyen, le responsable pourrait chercher à dissimuler une partie de l'information qu'il détient, en ne retraçant pas fidèlement le contenu de l'enregistrement. Le but serait, pour le maître du traitement, d'éviter une contestation sur le mode d'enregistrement des données, sur leur traitement ou leur utilisation. En somme, dans ce cas de figure, le responsable tiendrait deux fichiers, l'un qu'il conserverait secret et l'autre qui serait destiné à satisfaire le droit de communication des personnes, mais avec cette réserve que ce dernier ne retracerait pas fidèlement le contenu du premier. Là aussi, il est permis d'imaginer qu'il sera fort délicat, pour la personne, d'établir cette subtilité à moins qu'elle soit particulièrement éclairée sur la question³⁶⁸. Cependant, si celle-ci a une crainte quant à la dissimulation ou la disparition des informations, elle pourra, aux termes de l'article 35 alinéa dernier, « demander au juge compétent que soient ordonnées toutes mesures de nature à éviter cette dissimulation ... ». Nous le constatons, le titulaire du droit de communication n'est donc pas totalement démuné³⁶⁹. Une fois obtenues les informations la concernant, par la voie normale ou par la voie judiciaire, la personne pourra exercer, s'il y a lieu, son droit à rectification et à

366 Une communication sous forme inintelligible est d'ailleurs sanctionnée par le décret du 23 décembre 1981, puisque son article 1er 3° prévoit une amende de 1.500 euros lorsque la communication des informations « ne se présente pas sous une forme directement intelligible ». Voir sur ce décret, Pierre KAYSER, précité page 493.

367 La remarque est à tempérer, car le projet de loi prévoit de s'aligner sur ce point sur la Directive, voir article 39 - I, 3°.

368 Par exemple, ancien employé de la banque.

369 D'autant plus qu'il est prévu au décret n° 80 - 1142 du 23 décembre 1981, article 1er 3°, qu'est : « puni d'une amende de 1.500 euros au plus : - le refus de répondre aux demandes de renseignements de communication présentées par le titulaire du droit d'accès ; - la dissimulation ou la suppression de renseignements concernant le titulaire ; - la communication d'informations qui ne sont pas conformes au contenu des enregistrements au moment où la demande a été formulée... ». D'après cette disposition le responsable du traitement encourt une double peine : d'une part, pour avoir dissimulé une partie des informations en sa possession, et d'autre part, pour avoir fourni des informations non conformes au contenu du traitement.

contestation.

163. Le droit de rectification et de contestation. D'après l'article 36 de la loi du 6 janvier 1978 « le titulaire du droit d'accès peut exiger que soit rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite»³⁷⁰. Cet article se situe dans la droite ligne du droit d'accès et de communication. En effet, pour assurer une protection efficace de la personne, des attributs de sa personnalité, il était nécessaire de lui permettre d'imposer la rectification ou l'effacement des données qui ne reflètent pas cette personnalité et, par voie de conséquence, d'amener le responsable à respecter ce qui fait partie intégrante de sa vie privée. On retrouve d'ailleurs cette idée de protection de la vie privée, par le truchement du droit de contestation, dans l'exposé des motifs du principe n° 13 des Lignes directrices de l'OCDE. En effet, il a été dit à propos de ces dispositions que : « le droit des personnes physiques d'avoir accès aux données de caractère personnel et de les contester est, en règle générale, considéré comme étant peut-être la principale garantie de protection de la vie privée »³⁷¹. En pratique, ce droit s'exercera assez facilement lorsque la contestation portera sur des inexactitudes matérielles, par exemple une date de naissance erronée ou incomplète. Il en ira de même lorsqu'elle portera sur la conservation de données interdites, données sensibles, dont l'identification est aisée. La question se réglera, en revanche, avec beaucoup plus de difficultés lorsque surgira une contestation sur le caractère équivoque des mentions. Ainsi, les termes « peu actif », « frileux », « versatile » ou « comportement de jouisseur »³⁷² ..., parfois employés par certains établissements de crédit pour tracer un profil, peuvent être sujets à contestation, car très fortement empreints de subjectivité. Dès lors, de deux choses l'une. Soit l'interlocuteur reconnaît le caractère équivoque de la mention et procédera à la rectification (photocopie à l'appui), soit il conteste de son côté la contestation, et dans ce cas il supportera la charge de la preuve du caractère non équivoque de l'information traitée.

164. Charge de la preuve. Il est vrai que du point de vue du droit commun³⁷³, c'est

370 Droit reconnu tant au niveau communautaire, qu'au niveau européen et international. En effet, aux termes de l'article 12 b/ de la Directive : « la personne concernée a le droit d'obtenir la rectification, l'effacement, le verrouillage des données... notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données ». De même, d'après l'article 8 c/ de la Convention 108, « toute personne doit pouvoir obtenir, le cas échéant, la rectification des données à caractère personnel et leur effacement lorsqu'elles ont été traitées en violation des articles 5 et 6 de cette même convention » (article 5 : principe de qualité des données ; article 6 : principes applicables aux données sensibles). Enfin, le principe n° 13 d / des « Lignes directrices » de l'OCDE énonce que : « toute personne physique devrait avoir le droit : de contester les données la concernant, si la contestation est fondée, de les faire effacer, rectifier, compléter ou corriger ».

371 Voir sur ce point, L. FOCANEANU, « La protection des données à caractère personnel contre l'utilisation abusive de l'informatique », Journal du Droit International, 1982, pages 88 - 89.

372 Ou encore « ne s'améliore pas avec le temps », « attitude inchangeable », termes qui ont valu un avertissement de la CNIL au Crédit Agricole de Dordogne, « UFC-Que Choisir », avril 96, n° 326, page 16.

373 Article 1315 du Code civil.

au demandeur d'apporter la preuve de ce qu'il avance. Reste que le dispositif légal serait de peu d'efficacité si le titulaire du droit devait démontrer la pertinence de sa demande par référence aux données inscrites. En effet, il n'est pas aisé de prouver le caractère équivoque d'une information pour le titulaire du droit car, bien souvent, le terme ou la donnée utilisée à un sens³⁷⁴ dont seul le responsable a connaissance³⁷⁵. C'est pourquoi le législateur de 1978 a instauré, par son article 36 alinéa 3, un renversement de la charge de la preuve. Selon ce dernier : « en cas de contestation, la charge de la preuve incombe au service auprès duquel est exercé le droit d'accès... ». Ainsi, faute de pouvoir apporter la preuve de la qualité des données, de leur caractère non équivoque, le responsable devrait en clarifier le sens du terme³⁷⁶. Le droit de contestation de l'article 36 se révèle donc être une pierre angulaire de la protection de la vie privée du fiché. Cependant, ce droit ne doit, semble-t-il, pas être confondu avec le droit qu'a toute personne « de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés »³⁷⁷. L'exercice de ce droit, qui sera étudié de manière plus approfondie dans notre seconde partie, implique que, « les résultats d'un traitement automatisé soient opposés à une personne », quel que soit l'objet de ce traitement. Cette personne peut alors à la fois connaître et contester les informations, ce qui identifie cette prérogative à celle accordée par l'article 36, mais aussi contester les raisonnements qui sont utilisés par le traitement, ce qui l'en distingue. Ce droit de contestation est donc plus large car il peut ne pas porter que sur les informations nominatives. Cette parenthèse fermée, il est possible de dire, pour conclure sur le droit d'accès et de rectification, qu'ils visent à protéger deux droits fondamentaux de la personne.

165. Les objectifs de l'article 36. Tout d'abord, ils garantissent le respect de sa vie privée, en ce qu'ils permettent de sanctionner³⁷⁸ l'interdiction de la collecte, de l'enregistrement et de la conservation d'informations nominatives contraires au respect de la vie privée (seront notamment concernés les informations dites sensibles qui, par l'exercice des droits d'accès et de rectification, devront disparaître). Ensuite, ils préservent

374 La définition même du terme implique cette difficulté de preuve. En effet, selon le dictionnaire Lit ré, équivoque signifie : « qui peut s'interpréter en différents sens. Se dit de tout ce sur quoi on peut porter des jugements divers. Sens équivoque, interprétation à double entente », volume 1, 1967, page 416. Toute la difficulté du titulaire des droits sera donc, pour lui de déterminer ce second sens, s'il existe. Il est alors apparu logique au législateur de demander au responsable de prouver le véritable sens du mot.

375 Par voie interne, c'est-à-dire par des notes explicatives internes ou même de simples explications orales dans le service.

376 Les termes de la loi ne semblent pas imposer un effacement de la ou des données, mais plutôt une clarification : article 36 alinéa 1, « le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient... clarifiées... les informations le concernant... ». En ce sens, voir décision du Conseil d'Etat du 30 novembre 1994, AJDA, juillet - août 1995, jurisp. page 567, note Jean Frayssinet.

377 Article 3, loi du 6 janvier 1978.

378 Article 1er 4° du décret du 23 décembre 1981 précité qui punit d'une amende de 1 000 euros : « le refus de procéder aux opérations de rectification ; le refus de délivrer une copie de l'enregistrement modifié ; le refus de notifier la rectification ou l'annulation au tiers auxquels l'information initiale a été communiquée ».

son identité ³⁷⁹. L'article 1^{er} de la loi de 1978 étant explicite à cet égard puisqu'il dispose que : « l'informatique... ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine... ». L'identité humaine c'est le droit au respect de sa personnalité, notion aux multiples facettes qui ne peuvent ni ne doivent être déformées par un traitement informatique. Or, une erreur d'enregistrement, une donnée incomplète, inexacte etc. porte directement atteinte à cette personnalité en déformant ses contours. A ce titre, les droits de rectification et de contestation permettent de rétablir la vérité sur sa personnalité, permettent de rétablir son authenticité ³⁸⁰. Ils sont, selon le Professeur Pierre Kayser, « des droits de la personnalité, comparables au droit de créance, puisqu'il comporte un pouvoir de leur titulaire à l'égard d'une personne déterminée » ³⁸¹. Si la personne fichée a le droit de rétablir sa personnalité, son identité lorsque l'enregistrement n'est pas conforme à la réalité, elle a aussi le droit de réhabiliter ³⁸² cette même personnalité lorsque l'information est périmée, désuète. C'est ici un droit à l'oubli que le législateur a voulu consacrer.

166. Droit à l'oubli. L'article 36 alinéa 1 le permet, en ce qu'est offert à la personne le droit d'obtenir l'effacement des informations périmées. C'est là une application du principe reconnu à l'article 28 de cette même loi qui dispose que : « sauf dispositions législatives contraires, les informations ne doivent pas être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la demande d'avis ou à la déclaration... » ³⁸³. Ce principe est la reconnaissance même de l'identité des personnes, de leur droit à ne pas être indéfiniment étiquetées ³⁸⁴. Admettre le contraire serait nier la capacité d'évolution de chaque être humain. Les propos parlementaires introductifs à la loi du 6 janvier 1978 sont à cet égard fort évocateurs. Au dire du rapporteur Jacques Thyratron, « tout être humain est une création originale. Sa personnalité se façonne avec le temps. Elle est faite d'intelligence, de caractère, d'émotivité, d'habitudes... ». Chaque être a en lui quelque chose de secret qui transparaît dans un geste, dans une parole, dans une attitude ou dans la suite d'un comportement. » ³⁸⁵. Or, l'informatique permet de capter

379 JO débats, Assemblée nationale, séance du 16 décembre 1977, page 8920, propos E. Hamel : « l'informatique, comme la langue d'Esopé, peut être la meilleure ou la pire des choses... »

380 La rectification sera répercutée puisque l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit expressément que : « si une information a été transmise à un tiers, sa rectification ou son annulation doit être notifiée à ce tiers... » ³⁸⁰ permettant de rétablir par là même l'authenticité de sa personnalité aux yeux des tiers. C'est là une mesure indispensable que de ne pas cantonner la rectification au seul maître du traitement. Toute solution contraire aurait fait manquer son but à la disposition, ³⁸⁰ qui vise justement à ce que la personnalité du fiché ne soit pas altérée aux yeux des tiers. L'intérêt du texte est d'assurer cette identité à l'égard de tous et non pas seulement à l'égard du seul responsable. L'authenticité de la personnalité vaut, on peut dire, erga omnes. Dans le même sens, voir Directive 94/46/CE précitée.
article 12 c/ de la

381 Pierre KAYSER, précité, pages 491 - 492.

382 Dictionnaire Lit^tré, volume 3, pages 1002, réhabil^t signifie rétablir quelqu'un dans un état, dans des droits, dans des prérogatives dont il était déchu ou encore faire recouvrer l'estime, la considération.

383 Repris par l'article 6 e/ de la Directive européenne, par l'article 5 e/ de la Convention 108 et par le principe n° 9 des « Lignes directrices » de l'OCDE.

ces paroles, ces attitudes, ces comportements par sa capacité de mémorisation et de conservation des informations. C'est pourquoi l'oubli doit faire partie des droits de tout être humain. « Je hais le convive qui a de la mémoire » , disaient les sages de l'antiquité grecque . Il s'agit par cette mesure d'admettre qu'un homme ne doit pas payer sa vie durant le prix d'une erreur du passé, comme il est admis que le pêcheur repentí obtienne la rédemption³⁸⁶ . Le droit à l'oubli réhabilite donc l'Homme, sa personnalité. D'ailleurs, la CNIL veille particulièrement au respect de ce principe, qu'elle considère comme un des fondements des droits reconnus par la loi³⁸⁷ . Mais cette volonté de protection de l'individu, de sa vie privée, de son identité se retrouve dans l'affirmation des principes de sécurité et de confidentialité des informations détenues par le responsable du traitement. Car si la législation admet que l'on puisse être fiché par une personne, elle entend bien cantonner l'enregistrement à ces seuls responsables.

167. Principe de sécurité et de confidentialité. L'idée est de protéger l'individu contre toute forme de propagation illégitime des informations le concernant. C'est pourquoi est consacré dans la loi un droit à la confidentialité des informations et à leur sécurité. En effet, d'après l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 : « toute personne ordonnant ou effectuant un traitement d'informations nominatives s'engage de ce fait, vis-à-vis des personnes concernées, à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés »³⁸⁸ . Le responsable du traitement se doit de protéger les données qu'il a obtenues loyalement et licitement d'une personne. Il en va de la protection de la personnalité, de l'identité de la personne. En

384 Selon Jean FOYER, le danger de l'information pour les libertés des individus est que « l'ordinateur a une mémoire qui, à la différence de la mémoire des hommes, n'a pas la faculté d'oubli [...] la conservation massive et systématique des données relatives à chaque personne tend aussi à juger les situations en attachant aux individus des étiquettes jadis plus rares et plus approximatives, et dont il leur était plus facile de se débarrasser. Est-il indispensable qu'on puisse savoir d'un homme de soixante ans qu'il était énéurétique à trois ans, qu'il a contracté la coqueluche à 8 ans... qu'il a subi une punition au service militaire... , qu'il a été licencié par un employeur à quarante ans... ? La civilisation de l'informatique ne va-t-elle pas devenir celle de l'indiscrétion et de l'implacabilité, celle qui n'oublie, ni ne pardonne... ? », JO débats, Assemblée nationale, séance du 4 octobre 1977, page 5782.

385 JO débats, Sénat, séance du 17 novembre 1977, pages 2750, 2751.

386 Ibidem .

387 Voir en ce sens, « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité, page 77 et suivantes.

388 Ce même principe est repris aux articles 16 et 17 de la Directive : « les Etats membres prévoient que le responsable du traitement doit mettre en oeuvre les mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger les données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou illicite... la diffusion ou l'accès non autorisé... ». De même l'article 7 de la Convention des mesures de sécurité appropriées seront prises pour la protection des données à caractère personnel enregistrées dans 108 : « des fichiers automatisés contre la destruction accidentelle ou non autorisée... ainsi que contre l'accès, la modification ou la diffusion non autorisée ». Relevons encore, dans le principe n° 11 des « Lignes directrices » de l'OCDE : « il conviendrait de protéger les données de caractère personnel, grâce à des garanties de sécurité raisonnables, contre des risques tels que la perte des données et leur accès, destruction, utilisation, modification ou divulgation non autorisée ».

effet, une donnée déformée ou endommagée, ne peut retracer sincèrement la personnalité d'un individu, bien au contraire, de telles anomalies altèrent les traits caractéristiques de cette dernière. De même, afin d'assurer la protection de la vie privée des individus dont les données sont enregistrées, la communication de celles-ci à des tiers non autorisés est interdite. La personne a donc droit à la confidentialité des informations qui sont détenues sur elle. Nous pourrions, pour illustrer notre propos, citer la décision de la Cour d'appel de Rennes du 13 janvier 1992³⁸⁹, qui est venue, notamment sous le visa de l'article 29, énoncer que le fait de diffuser une liste informatique contenant des informations nominatives auprès de commerçants sans attirer leur attention sur la confidentialité de ces informations, de ne même pas en limiter l'usage à ces commerçants, en n'excluant pas, dans la lettre accompagnant la liste de toute diffusion à leurs employés, constituent le délit prévu et réprimé aux articles 29 et 42 de loi du 6 janvier 1978. Afin d'assurer les objectifs fixés par l'article 29, le responsable du traitement doit « prendre toutes précautions utiles »³⁹⁰. Il ne s'agit là que d'une obligation de moyens, et non d'une obligation de résultat³⁹¹. Cependant ce texte instaure une sorte de présomption de responsabilité qui facilitera la preuve du manquement à l'obligation de sécurité. En somme, il suffira à la personne de prouver la matérialité des faits pour établir le manquement à l'obligation. Cette violation apparaîtra d'autant plus facilement que le responsable sera également tenu d'une obligation au secret professionnel. L'attitude du banquier à cet égard sera ainsi regardée à travers le double prisme de la loi informatique et de la loi bancaire. Il est bien évident que cette obligation de sécurité, de confidentialité³⁹², trouve son prolongement dans l'interdiction de cession³⁹³ de ces mêmes informations sans le consentement de la personne. Par cette dernière disposition, il s'agit d'éviter toute concentration ou tout rapprochement abusif des informations nominatives, qui pourraient

389 Voir, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, avril 1992, n° 406, page 318 et suivante ; Dalloz 1993, sommaire, observations Michel VASSEUR.

390 La consistance de ces précautions a été illustrée par une Recommandation de la CNIL relative aux mesures générales de sécurité des systèmes informatiques en date du 1er juillet 1981. Les mesures qui sont répertoriées ne présentent un caractère ni exhaustif ni contraignant. Cependant, il est certain que la non-conformité aux mesures recommandées serait un indice du manquement à l'obligation de l'article 29. Le projet de loi de transposition, dans son article 34, adopte une formulation quasi-identique : « Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès. » Ce qui confirme la volonté du législateur de rester sur une obligation de moyens ou du moins d'établir un critère de proportionnalité en fonction des données à protéger.

391 Elle s'en rapprochera toutefois lorsque les informations visées toucheront la catégorie des données dites sensibles ou lorsqu'elles seront traitées en masse. En effet, d'après la Recommandation précitée, « il appartient néanmoins aux détenteurs ou utilisateurs de fichiers nominatifs de prendre... compte tenu de la finalité du traitement, du volume des informations traitées et de leur degré de sensibilité au regard des risques d'atteinte à la personne humaine, les mesures générales de sécurité... ». Pour ce type de données il semble évident que l'on tend vers une obligation de moyens renforcée. puisse

393 Ce droit n'est pas expressément édicté dans la loi informatique et libertés. Néanmoins, ce droit existe puisqu'on peut relever à l'article 19 de la loi que « la demande d'avis ou la déclaration doit préciser : [...] - les rapprochements, interconnexions ou toute autre forme de mise en relation de ces informations ainsi que leur cession à des tiers ».

nuire au respect de la vie privée des personnes ou à l'identité humaine. Mais ce souci de protection s'avère, aux termes de la loi, être réservé aux seules personnes physiques. En effet, le législateur de 1978 n'a pas jugé opportun d'accorder les mêmes droits aux personnes morales. Et pourtant ne peut-on pas considérer que les personnes morales soient également dignes de protection ?

B Les traitements concernant les personnes morales.

1° L'exclusion des personnes morales du dispositif de protection.

168. Esprit de la loi. C'est un principe d'exclusion des personnes morales qui a été instauré par la loi du 6 janvier 1978. En effet, même si cette exclusion n'apparaît pas expressément dans le texte de la loi, il semble manifeste, au regard de l'article 4, que le législateur n'a voulu protéger que les personnes physiques. Selon cet article : « sont réputées nominatives... les informations qui permettent ... l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent ... ». Il paraît alors évident que les personnes morales ont délibérément été écartées de la protection. Il suffit pour s'en assurer de faire référence aux vifs débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du texte définitif. S'il était question, à un moment donné³⁹⁴, d'inclure dans le dispositif les personnes morales, le principe d'une exclusion³⁹⁵ l'a finalement emporté. Les principales raisons invoquées étaient que la loi devait établir la protection de la personne humaine, de son identité, caractère qui ne pouvait, selon certains élus³⁹⁶, s'appliquer aux personnes morales. D'autant plus que l'extension du champ d'application de la loi aux personnes morales serait, selon les partisans de leur exclusion, de nature à porter atteinte au secret des affaires³⁹⁷. C'est d'ailleurs sur la protection de ce secret que s'est fait l'accord des parlementaires. Néanmoins, les obstacles avancés pour justifier l'exclusion des personnes morales sont-ils insurmontables ? En d'autres termes, n'est-il pas possible de

³⁹² L'article L. 226 - 2 du Code pénal sanctionne, dans son alinéa premier, un délit intentionnel dans les termes suivants : « sera puni... quiconque ayant recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou toute autre forme de traitement, des informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la réputation ou la considération de la personne ou l'intimité de la vie privée, aura, sans l'autorisation de l'intéressé, sciemment porté ces informations à la connaissance d'une personne qui n'a pas qualité pour les recevoir... ». Il consacre également, dans son alinéa 2, un délit d'imprudence : « sera puni... quiconque aura par imprudence ou négligence, divulgué ou laissé divulguer des informations de la nature de celles mentionnées à l'alinéa précédent ».

³⁹⁴ Voir JO débats, Assemblée nationale, séance du 4 octobre 1977, page 5790 2e colonne, et page 5792.

³⁹⁵ La plupart des textes extra nationaux adoptent d'ailleurs la même conception. Ainsi peut-on citer la Directive 95/46/CE qui cantonne son domaine de protection aux seules personnes physiques, les Lignes directrices de l'OCDE qui prévoient une protection sur les données de caractère personnel qu'elles définissent au principe 1 b) comme : « toute information relative à une personne physique identifiée ou identifiable... ». Ainsi, il ressort de l'exposé des motifs que : « ... les Lignes directrices reflètent le point de vue selon lequel les notions d'intégrité individuelle et de vie privée sont à maints égards particulières et ne devraient pas être interprétées de la même manière que l'intégrité d'un groupe de personnes, la sécurité des sociétés et le caractère confidentiel de leur activité. Les besoins de protection sont différents, de même que le cadre dans lequel les solutions doivent être formulées et les intérêts doivent être conciliés... ». Sur ce point voir Pierre KAYSER, précité, page 435, pages 572-5⁷³.

reconnaître à une personne morale le droit à la protection de sa personnalité ou de sa vie privée ? Le but de la liberté d'entreprendre notamment ?

169. Evolution souhaitable. Sur ce dernier point, la question mérite d'être posée. En effet, à reprendre un auteur, « la protection du secret des affaires ne peut-elle pas céder devant d'autres intérêts tels que le respect facile de démontrer que l'autonomie de la décision et la liberté de manœuvre d'une entreprise sont largement fonction de l'appréciation de son crédit, de sa réputation commerciale ou de l'évolution de sa clientèle »³⁹⁸. Or, il est vrai que ces renseignements sont souvent enregistrés dans les traitements informatiques (fichiers notamment), qui conditionnent la notoriété de l'entreprise, sa dignité par rapport au monde économique qui l'entoure. En reconnaissant aux personnes morales les mêmes droits qu'aux personnes physiques, la loi informatique et libertés permettrait aux entreprises de garantir davantage leur liberté d'entreprendre. Ainsi, en exerçant son droit d'accès et de rectification, une entreprise pourra rétablir sa dignité et restaurer son crédit. Il est alors évident qu'une appréciation revalorisée aux yeux des tiers, notamment du banquier, faciliterait l'accès au crédit, et par voie de conséquence l'exercice de l'activité qui est la sienne, en somme sa liberté d'entreprendre. Ce risque d'atteinte au crédit de l'entreprise a d'ailleurs été fort justement souligné par le député Pierre Lagorce³⁹⁹. En effet, nous dit-il, « si l'on écarte les personnes morales du bénéfice des dispositions de ce texte, on va pénaliser en particulier les petites et moyennes entreprises, car les risques sont nombreux pour elles et les conséquences peuvent être très graves. Le cas est fréquent de voir des erreurs dans les fichiers de la Banque de France. Or, les banques subordonnent souvent leurs prêts aux appréciations de ces fichiers. Il est donc tout à fait nécessaire de donner aux entreprises les garanties de la présente loi, afin d'éviter qu'elles ne soient sanctionnées financièrement... ». Une telle sanction financière nuirait évidemment, comme nous venons de le dire, à la liberté d'entreprendre de l'entreprise.

2° Discussion sur l'extension de la loi aux personnes morales.

170. Démarche. Face à ce constat pourquoi le législateur n'a-t-il pas visé les personnes morales ? Il a été avancé, lors des débats que d'une part, les personnes morales ne

³⁹⁶ Position de la commission des lois du Sénat : « celle-ci a considéré que les droits sacrés de l'individu risquaient d'être perdus de vue s'ils étaient confondus avec ceux des sociétés commerciales, qui ne sont pas de même nature », JO débats, Sénat, séance du 17 novembre 1977, page 2750. Voir aussi pages ²⁷⁵¹ et ²⁷⁷⁰ : « la commission des lois a considéré que le problème capital dans ce texte de loi, c'était la protection des individus, des droits sacrés de la personne humaine [...]. Nous avons pensé qu'il fallait focaliser le problème sur les individus... de retenir seulement la notion de citoyen... ».

³⁹⁷ Selon Jean FOYER, rapporteur : « il est apparu que le dispositif proposé était essentiellement destiné à protéger les droits de la personne, sa vie privée et son intimité. De tels problèmes ne se posent pas pour les personnes morales. L'extension de ces dispositions aux personnes morales serait de nature... à perturber profondément le secret des affaires... », JO débats, Assemblée nationale, deuxième séance, 16 décembre 1977, page 8906.

³⁹⁸ Jean-Pierre CHAMOUX, « L'informatisation : trois défis aux libertés », JCP (G), 1981, I, n° 3025.

³⁹⁹ Voir JO débats, Assemblée nationale, 16 décembre 1977, page 8905.

pouvaient prétendre à la protection de la loi, car celles-ci n'avaient pas de vie privée à protéger (a). En effet, seules les personnes physiques peuvent invoquer le droit au respect de leur vie privée. D'autre part, et surtout, qu'étendre la loi aux personnes morales serait susceptible de porter gravement atteinte au secret de leurs affaires (b). Ces arguments ne souffrent-ils pas la critique ?

a./ L'argument de la protection de la vie privée.

171. Problématique : le concept de la personnalité face aux personnes morales.

La notion de vie privée est-elle totalement indissociable ou incompatible avec le concept de personne morale ? Totalement indissociable, le vocable est peut-être un peu exagéré. Pour répondre à ces questions, il faut appréhender les éléments constitutifs de la vie privée. Partant, il conviendra de savoir si ces derniers peuvent être retrouvés chez la personne morale. Il est vrai que classiquement le droit au respect de la vie privée vise à protéger la personnalité. A ce titre, force est plutôt de constater que le terme « personnalité » n'a pas exactement la même signification pour les personnes morales que pour les personnes physiques. Pour ces dernières le terme vise surtout à protéger les intérêts moraux qui sont propres à chaque personne physique en s'adressant à « l'être aimant et souffrant, conscient et pensant »⁴⁰⁰. La personnalité des groupements serait seulement une personnalité abstraite, aptitude à être sujet de droits et d'obligations. Mais ce ne serait pas « la notion psychologique à laquelle on fait référence lorsqu'il est question des droits de la personnalité »⁴⁰¹. Reste que si l'on n'accorde pas la même consistance au terme de « personnalité » quand il s'agit de l'associer à la personne morale, ce n'est là, à notre sens, qu'une question de degré et non de nature du droit. Il s'agit donc maintenant de connaître la signification qu'a le vocable pour les personnes morales. En d'autres termes quels sont les droits de la « personnalité » reconnus aux personnes morales ? Si l'on ne veut pas reconnaître à la personne morale les mêmes droits qu'aux personnes physiques en matière de respect de la vie privée (cette dernière étant réservée aux personnes physiques seules titulaires d'une personnalité) force est d'admettre que l'on pourrait peut-être accorder aux personnes morales une personnalité particulière dont certains éléments, de nature extra patrimoniale, pourront ou feront l'objet de la même protection que ceux accordés aux personnes physiques⁴⁰². La personnalité juridique accordée à l'être moral n'adopte pas les mêmes contours que la personnalité reconnue à l'être vivant et conscient. Cette personnalité là a plutôt un sens technique, qui permet de reconnaître la personne morale comme sujet de droits (patrimoniaux) et d'obligations. Tandis que la personnalité accordée aux personnes physiques fait plutôt référence à « la notion qu'envisagent les philosophes et les sociologues lorsqu'ils examinent ce qui fait la singularité de chacun, ce qui donne à chaque individu ses caractéristiques propres »⁴⁰³. La personnalité dont il est question est celle qui révèle la

400 Voir Franck PETIT, « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », Dalloz Affaires, 1998, n° 117, page 826 et suivantes.

401 Pascal Ancel, « La protection des données personnelles : aspects de droit privé français », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 1987, page 624. Opinion que nous partageons.

402 Franck PETIT, précité, page 826.

personne humaine dans son individualité physique, psychologique et sociale. Mais est-ce à dire qu'il faille priver les personnes morales, en tant qu'êtres artificiels, de la protection instaurée par les droits de la personnalité ? Comme nous avons pu le dire plus haut, il semble bien que certains droits de la personnalité, reconnus exclusivement aux personnes physiques, doivent être également appliqués aux personnes morales⁴⁰⁴. En effet, tout comme la personne physique, la personne morale est un sujet de droits et on ne peut, à reprendre un auteur⁴⁰⁵, « hésiter à reconnaître à l'être social une personnalité aussi complète que celle qui revient à l'individu personne humaine ». Le certain est que si les personnes morales sont titulaires de droits patrimoniaux⁴⁰⁶, reste à savoir si elles ont des droits extra patrimoniaux. Or, il est admis⁴⁰⁷ que les personnes morales ont des droits extra patrimoniaux de nature privée. En effet, selon Monsieur Dabin⁴⁰⁸ : « elles ont leur être propre constitué et organisé pour l'action en vue du but qui est le leur » et « ont droit au respect de leur être tel qu'il est constitué et organisé ». Elles ont droit à la conservation de la vie, droit au libre exercice de leurs activités internes et externes, droit à la réputation, bref à tous les droits de la personnalité compatible avec leur nature d'être moraux. « S'il est vrai que la personne morale ne peut être touchée, en tant qu'être artificiel, dans ses sentiments, elle peut toujours se plaindre de la dégradation de l'opinion que les tiers portaient sur la manière de remplir le rôle qu'elle s'est assigné dans la communauté humaine »⁴⁰⁹. Ce qui fait dire à certains que : « les personnes morales disposent d'une personnalité, non physique, ni même psychologique, mais sociale... qui ne peut être réduite à un élément de son patrimoine »⁴¹⁰. Si la société peut attirer des haines, il serait alors possible que des tiers par leurs agissements ou leurs propos portent atteinte à l'image qu'elle dégage envers le public. L'atteinte n'aurait donc pas seulement des répercussions économiques, mais viendrait également altérer sa personnalité en ce sens que l'opinion, le jugement des tiers en serait modifié⁴¹¹. Au regard de ces opinions il ne serait donc pas impossible de reconnaître des droits extra patrimoniaux aux personnes

403 Gilles GOUBEAUX, « Traité de droit civil : les personnes », sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 1989, n° 271.

404 Ce qui serait exclu par certains en s'appuyant sur le fait que la personnalité dont il est question aurait une nature psychologique, s'inscrivant dans le cadre d'une relation à autrui. Cette personnalité procéderait d'une double perception : « perception que l'individu a de son identité, perception que les autres ont de l'identité de cet individu ». Sur ce fondement certains droits de la personnalité, liés à cette caractéristique psychologique, devraient être refusés aux personnes morales. Voir Maria Luciani, « Les droits de la personnalité, du droit interne au droit international », thèse, Paris I, 1996.

405 G. Dabin, « Le droit subjectif », Dalloz 1952, page 151.

406 Voir Corinne Vandebussche, « Secret des affaires et informatique », thèse, Paris I, 1990, n° 339.

407 Léon MICHOU, « La théorie de la personnalité morale et son application en droit français », LGDJ, 1932, tome II, pages 85 et 86 ; Pierre Coulombel, « Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé », thèse, Nancy, 1949, pages 12 et 19.

408 G. Dabin, précité, page 175.

409 Franck PETIT, précité, page 827.

morales, telles que le droit à l'honneur, à la considération, à l'image... voire à la vie privée.

172. Les droits reconnus aux personnes morales en droit commun⁴¹². Il est admis aujourd'hui que les personnes morales bénéficient du droit au nom. Ce dernier élément pouvant même être considéré comme un attribut de la personnalité⁴¹³, comme un « révélateur, une marque ou un signe de leur personnalité, même s'il peut, comme les êtres vivants, comporter un aspect patrimonial »⁴¹⁴. Dans le même ordre d'idées, il est reconnu à la personne morale un droit au domicile, le siège social, qui peut prétendre à la même protection que le domicile des personnes physiques, ce qui tend là encore à considérer ce droit non plus seulement comme élément patrimonial mais comme un véritable droit de la personnalité⁴¹⁵. Ainsi, en serait-il également du droit au respect à l'honneur⁴¹⁶ et à la considération de la personne morale. Peut-être devrions-nous ici ne parler que de considération, car l'honneur est avant tout attaché à l'essence de la personne humaine, puisqu'il correspond à un état d'esprit. Selon un auteur⁴¹⁷, « il serait

410 *Ibidem.* Contrairement à d'autres auteurs qui ne conçoivent l'atteinte à la personne morale que comme un aspect pécuniaire et donc patrimonial et non pas extra patrimonial. Ainsi peut-on citer le Doyen Ripert qui a dit que : « les personnes dites morales n'ont pas de vie morale (...) alors que les pauvres créatures humaines abordent les affaires avec toutes leurs passions, la société n'a aucun sentiment affectif. Son activité peut lui attirer des haines, elles se heurtent à son impassibilité », Georges RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », Paris, 1946, page 79. De même selon Yves Guyon : « les atteintes que la société subit dans son nom et son honneur ou sa personnalité ont le plus souvent à son égard un aspect pécuniaire parce qu'elle risque d'entraîner une perte de clientèle », Yves Guyon, « Personnalité morale des sociétés », *Juris-Classeur société*, fascicule 27 - E. 2, 1980, n° 53.

411 Franck PETIT, précité, d'après ce même auteur la personne morale aurait également une dimension « morale » qui exclurait le caractère purement artificiel de l'être. Il prend pour exemple la responsabilité des personnes morales pour des fautes qui leur sont personnellement imputables, ainsi que la responsabilité pénale des personnes morales.

412 Selon certains, parler des droits de la personnalité des personnes morales serait un rapprochement purement verbal du concept de personnalité des personnes physiques. Ainsi la « défense du nom, de la réputation, des secrets des personnes morales... assurée en droit positif... se confond le plus souvent avec la protection des intérêts patrimoniaux des groupements considérés », Pascal ANCEL, précité, page 624.

413 Contra, voir Pierre Coulombel, précité, page 339 ; Robert Plaisant, « Les dénominations des associations », *Gazette du Palais*, 1982, *Doctrine*, page 34, pour qui le nom ne peut être assimilé au patronyme des personnes physiques, tant du point de vue de sa nature juridique que de son régime juridique. Dans le même sens Bernard Teyssié considère que le nom des personnes morales est intégré à leur patrimoine. Il est vrai qu'en général la doctrine considère qu'une société peut librement disposer de sa dénomination, celle-ci étant entendue comme un bien incorporel purement patrimonial.

414 Franck PETIT, précité, page 830, pour une conception du nom en tant qu'élément de la personnalité.

415 On en veut pour preuve la décision de la chambre criminelle du 23 mai 1995 qui est venue sous le visa de l'article L. 226 - 4 du Code pénal retenir une violation du domicile à l'encontre d'un journaliste qui s'était introduit dans le centre d'essai de l'usine Citroën. Le visa de l'article L. 226 - 4 est révélateur de la conception de ce droit par la Cour de cassation, car celui-ci est placé dans le Code pénal sous l'intitulé : « De l'atteinte à la vie privée », droit traditionnellement et fondamentalement considéré comme un droit subjectif, un droit de la personnalité des personnes physiques, cassation criminelle, 23 mai 1995, *Bulletin criminel* n° 193.

416 Voir Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 330.

le sentiment de n'avoir rien à se reprocher qui soit contraire à la morale, à l'honnêteté, la probité ». L'honneur est donc un sentiment intimement lié à la personne physique, à l'être doué de raison, de conscience ; notion qui ne peut être attribuée aux personnes morales⁴¹⁸. En revanche, la jurisprudence est intervenue pour accorder aux personnes morales le droit à la considération, à la réputation. Ainsi l'arrêt dit « fromagerie Bel »⁴¹⁹ a admis expressément que l'allégation ou l'imputation diffamatoire visée par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 « s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques et que donc une société a le droit de défendre sa réputation commerciale, et poursuivre les atteintes portées à sa considération professionnelle ». Mais ce droit, même s'il peut être rapproché ou identifié à un droit extra patrimonial⁴²⁰, est davantage considéré comme un droit patrimonial. Quoi qu'il en soit la réputation commerciale d'une société, son « image de marque »⁴²¹ mérite protection tout autant que celle d'une personne physique. Ce droit à l'image des personnes morales également appelé « *goodwill* »⁴²², nécessite et mérite protection. Or, force est de constater que l'exclusion des personnes morales par la loi informatique et libertés n'abonde pas dans ce sens, et l'exclusion paraît à bon nombre d'auteurs totalement injustifiée.

173. Une exclusion injustifiée. En effet, l'on a pu s'apercevoir ci-dessus qu'il était reconnu aux personnes morales certains droits dont le droit au nom, le droit au respect du domicile, le droit à la protection du « *goodwill* », et même le droit de réponse⁴²³. Etant reconnu par le droit positif, la question de savoir s'il s'agit de droits extra patrimoniaux ou

417 B ^{ernad} BOULOC, Dalloz, 1981, II, page 440, note sous T.G.I Paris, 19 novembre 1980.

418 Contra, L ^{éon} MICHOU, cité par B ^{ernard} BEIGNIER : « L'honneur et le droit », LGDJ, 1995, page 241 et suivantes : « les personnes morales ont fréquemment des droits de nature diverse, que l'on oublie lorsqu'on réduit tout leur rôle à l'existence des droits patrimoniaux et qui occupent cependant dans leur vie une place considérable [...]. Une personne collective peut avoir, comme une personne physique, son honneur à défendre... cet honneur collectif ne se confond point avec l'honneur individuel des membres du groupe, honneur qui peut n'être nullement touché par les allégations injurieuses ou diffamatoires dirigées contre le groupe (...). L'existence d'une action collective, distincte de l'action individuelle, que le même fait peut quelquefois justifier de la part de certains membres du groupe, n'est ici guère douteuse. On a pu alléguer qu'au fond, elle était fondée moins sur une atteinte à l'honneur de la personne morale que sur une atteinte à l'honneur de ses membres. Mais ceux-là mêmes qui se placent de ce point de vue sont bien obligés d'admettre que la personne morale peut agir, sans avoir à démontrer que l'honneur de chacun de ses membres, ou même d'un de ses membres individuellement, est réellement atteinte et par conséquent d'admettre, en fait, l'existence d'un honneur collectif distinct de l'honneur individuel », L ^{éon} MICHOU, « La théorie de la personnalité morale et son application en droit français », Paris, 1909, tome II, page 81 et suivantes. Pour des opinions contraires, B ^{ernard} BEIGNIER, précité, page 244.

419 Cassation criminelle, 12 juin 1956, Bulletin criminel n° 461 ; Dalloz 56, page 577 ; voir également C ^{assation} cassation criminelle du 12 octobre 1976, Bulletin criminel n° 287 ; Gazette du P ^{alais} alais, 1977-1, sommaire, page 45. Pour une étude complète sur l'honneur des personnes morales, voir B ^{ernard} BEIGNIER, précité, page 241 et suivantes et ses notes.

420 En ce sens, F ^{ranck} PETIT, précité, page 829.

421 H ^{ervé} Maccioni, « L'image de marque, étude juridique de la notoriété commerciale », E ^{conomica} conomica, 1995, page 92.

422 Voir Corinne VANDENBUSSCHE, précité, n° 175, page 163.

de droit patrimoniaux ne justifie pas l'exclusion des personnes morales, car dans les deux cas ils méritent protection⁴²⁴.

174. Raisons de cette protection. Les entreprises personnes morales auraient tout intérêt à voir le champ d'application de la loi s'étendre à elles. En effet, celles-ci sont autant, sinon plus, fichées que les personnes physiques. Ainsi, nous avons vu⁴²⁵ que la Banque de France détenait des fichiers très détaillés sur les entreprises, et que l'obligation de publication accentuait le fichage et la concentration des informations. Les données qui sont transmises peuvent être librement traitées ou cédées à quiconque qui y trouverait un intérêt sans que les personnes morales puissent contrôler la véracité des informations, puisque le droit d'accès et de communication leur est refusé. De même, pour ces personnes morales, point de droit à l'oubli, point de droit de rectification. C'est dire qu'une information fautive sur elle peut librement circuler sans que les personnes morales ne s'en rendent compte. De même, les informations peuvent être analysées, traitées sous forme d'informations-résultats censées retracer la bonne forme de l'entreprise. L'information ainsi traitée est remise sur le marché de l'information, vendue sans que la personne morale visée ne soit intervenue à aucun des stades du processus. N'y a-t-il pas un risque d'atteinte aux intérêts de l'entreprise en cas d'information équivoque ? Il est clair au vu de ces quelques arguments⁴²⁶ que la personne morale mériterait, elle aussi, une protection préventive. A ce titre, l'extension des droits instaurés par la loi de 1978 permettrait un réel contrôle des informations (par les personnes morales), et par voie de conséquence la protection des intérêts pécuniaires de celles-ci, la protection de leurs « libertés économiques »⁴²⁷. Un auteur⁴²⁸ a pu énoncer plusieurs

423 Cassation criminelle, 6 novembre 1956, JCP 1977, II, n° 9723, accordant aux personnes morales le droit de réponse institué par la loi du 20 juillet 1981 en son article 13.

424 En ce sens : Pierre KAYSER, précité, page 435, « en revanche, il ne paraît pas douteux qu'il faudrait reconnaître à ces groupements les droits d'accès, de communication et de rectification sur les informations les concernant » ; - Pierre CATALA, cité par S. ROZENFELD, « Revue Expertises », n° 170, mars 1994, page 91, « à l'époque nous pensions qu'un texte serait voté ». Nous devrions pourtant nous y atteler, les entreprises ont en effet le droit de se défendre... Nous devrions prendre l'initiative de légiférer avant Bruxelles afin d'être porteur d'un modèle français » Voir pour la même idée et le même auteur, colloque, « L'entreprise et la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », rapport de synthèse, Revue de Jurisprudence Commerciale, novembre 1979, page 509 ; - L. FOCSANEANU, « nous estimons que tout texte sur les données personnelles qui limite la protection aux seules personnes physiques est injuste et mal équilibré » ; - Pascal ANCEL, précité, page 624, « cependant, nous venons précisément de voir qu'il était inexact de limiter le but de la Réglementation des données personnelles à la seule défense des droits de la personnalité, et que la loi permet aussi de protéger certains intérêts patrimoniaux. L'exclusion des personnes morales apparaît dès lors injustifiable, d'autant plus que les groupes sont autant, sinon plus que les individus, menacés sur le plan patrimonial par les abus de l'informatique : (...) l'altération des données contenues dans un fichier peut porter une atteinte grave à la réputation d'une entreprise... ». Dans le même sens, voir aussi Jean -P. CHAMOIX, précité.

425 *Supra* n° 57 et suivants ; *supra* n° 122.

426 Pour une étude complète des conséquences de l'absence de protection sur les données relatives aux personnes morales, voir Corinne VANDENBUSSCHE, précité, pages 150 à 157.

427 *Ibidem*, page 147 in fine.

raisons militant en faveur de l'extension de la loi aux personnes morales.

175. Risque de discrimination. D'une part, de cette exclusion des personnes morales naît une discrimination entre l'entreprise exploitée sous la forme individuelle, et l'entreprise qui s'intègre dans une forme sociale. En effet, tandis que la première aura accès aux informations détenues sur elle par l'entremise du chef d'entreprise, la seconde en sera privée puisque son activité s'accomplit par le truchement d'une personnalité juridique distincte des personnes physiques qui la dirigent. Il est alors vrai à cet égard qu'une dichotomie personne physique-entreprise, quelle que soit sa forme, entreprise individuelle ou personne morale, aurait été préférable au moins pour éviter cette discrimination⁴²⁹.

176. Risque de distorsions de concurrence. D'autre part, cette exclusion favoriserait également les distorsions entre grandes entreprises qui ont les moyens de fichier, de traiter des informations et les petites entreprises qui n'ont pas cette capacité. Ainsi, les grosses entreprises renforcent leur pouvoir par rapport aux PME qui n'ont aucune connaissance des informations que l'on peut détenir sur elles. Et cette difficulté de connaissance d'un fichier, de son contenu, de son auteur, « est la même qu'il s'agisse d'un rapport contractuel (client/fournisseur, entreprise/banquier) ou d'un rapport extra-contractuel (fichier d'incidents de paiement, concurrents, agences de renseignements) »⁴³⁰. En effet, que sait la personne morale du fichage qu'opère l'établissement de crédit sur elle ? Comment seront traitées les informations détenues ? Seront-elles cédées, communiquées à des tiers en contradiction avec le secret professionnel ? Toutes ces questions demeurent sans réponse pour la personne morale en l'absence de droits reconnus par la loi de 1978⁴³¹. Or, « le droit de savoir qui pourrait être alors reconnu permettrait de réduire une inégalité à un sens unique et de moraliser le jeu de la concurrence »⁴³². La même remarque peut être réitérée pour les rapports entre les entreprises et les pouvoirs publics toujours plus gourmands en matière de

428 Ibidem , page 160 et suivantes.

429 Dans ce sens, voir P. NGEL, « La protection des données personnelles : état de la législation et tendances de la jurisprudence en suisse », Revue internationale de Droit Comparé, 1987-3, page 638. Cet auteur cite sur ce point le rapport explicatif relatif au projet de loi fédérale sur la protection des données personnelles (Suisse) et relève qu, : « une distinction d'un autre ordre paraît dans la réalité des faits, importante et discriminante ; à cet égard le rapport explicatif s'exprime avec pertinence : la différenciation entre la protection des informations relatives à des activités de nature purement privées ou idéales d'une part, et la protection des informations relatives aux entreprises économiques et à leurs activités d'autre part, est la distinction entre personnes physiques et morales ».

430 Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 162.

431 Cette position d'infériorité des personnes morales avait d'ailleurs été soulignée par le député P. Lagorce lors des débats parlementaires : « si l'on exclut les personnes morales du champ d'application de la loi, les petites et moyennes entreprises ne pourront contrôler la véracité des fichiers bancaires, par exemple... », JO débats, Assemblée nationale, séance du 16 décembre 1977, page 8906, colonne 1.

432 Corinne Vandebussche, page 163.

renseignements. On sait que la Banque de France détient des fichiers importants sur les entreprises. Et si dans un premier temps, l'information par elle récoltée, servait d'instrument d'aide à la décision (refinancement), force a été de constater que la Banque de France constituait également une source d'informations importante pour les établissements de crédit, susceptible de porter indirectement atteinte à la liberté d'entreprendre et au respect de la concurrence. En effet, les établissements de crédit ne s'écartent que rarement de l'opinion (cotation) émise par la Banque de France pour octroyer ou refuser un prêt. N'y a-t-il pas là un dirigisme de fait de la part d'un des bras séculiers de l'Etat venant perturber le libre jeu de la concurrence, la liberté de décision du banquier et par voie de conséquence atteindre, dans une certaine mesure, la liberté d'entreprendre⁴³³ ?

177. Nécessité de protection de l'image et de la liberté d'entreprendre. De plus, et c'est peut-être là le principal argument, les entreprises personnes physiques ou personnes morales n'ont-elles pas le droit de protéger, comme nous l'avons dit, leur image, leur « *goodwill* », c'est-à-dire leur bonne réputation⁴³⁴ ? Or, l'accumulation de données sur le compte des entreprises peut facilement porter atteinte à leur intégrité (économique) lorsque ces données seront fausses ou inexactes. En effet, c'est souvent sur la base de ces informations que peuvent être prises des décisions affectant directement la vie de l'entreprise (pour l'exemple de l'octroi d'un crédit). On sait également que ces informations sont parfois traitées, croisées entre elles pour aboutir à l'élaboration d'un profil de comportement, un profil de la dignité de crédit qui déterminera la prise de décision⁴³⁵. Comme a pu le dire Jean-Pierre CHAMOIX⁴³⁶, « toutes ces données sont couramment enregistrées dans des fichiers informatiques, discrets mais efficaces, dont le contenu conditionne la notoriété de chaque entreprise ». Il est alors évident que les décisions fondées sur des informations erronées ou imprécises peuvent mettre en péril l'activité de l'entreprise. Nous illustrerons notre propos par un crédit refusé sur la base de fausses informations. On comprend aisément que le refus peut avoir des conséquences graves, pour une entreprise dépendant du financement bancaire, sur la poursuite de l'activité qui est la sienne. « La loi serait donc sage d'instaurer une protection des libertés économiques de l'entreprise, en reconnaissant, par exemple, à tout agent économique » le droit de connaître « les renseignements et les données détenues sur son compte par son banquier... ce serait là une mesure de justice, apportant de nouvelles garanties à la liberté d'entreprendre, et restaurant un principe d'équité dans les rapports économiques »⁴³⁷. Il semble donc que cette liberté d'entreprendre, que cette égalité entre les agents économiques⁴³⁸ ait largement pour corollaire le droit de savoir. Et ce

433 Ibidem .

434 Sur ce droit, voir supra n° 172^{et} n° 173.

435 Voir infra n° 202.

436 J -P. CHAMOIX, précité.
ean ierre

437 Ibidem .

n'est pas là vouloir un simple artifice purement théorique, mais c'est vouloir assurer réellement et pratiquement la liberté d'entreprendre, d'exister économiquement en rétablissant la vérité sur une situation économique. Nous avons d'ailleurs pu voir que des erreurs de cotation avaient conduit des entreprises à la déconfiture⁴³⁹. La protection des personnes morales par la loi de 1978 n'est donc pas une quête stérile et inutile⁴⁴⁰. Bien au contraire, celle-ci assurerait un peu plus la protection d'un droit fondamental des sociétés libérales : la liberté d'entreprendre.

178. Unification des règles en matière de fichiers « mixtes ». Enfin⁴⁴¹, l'accès aux droits de la loi de 1978 aux personnes morales permettrait de lever toute ambiguïté quant aux fichiers dits « mixtes ». Ce type de fichier regroupe des informations à la fois sur les personnes morales et indirectement sur les personnes physiques qui sont liées aux personnes morales (dirigeants). Ces derniers ont accès aux renseignements les concernant personnellement, mais ne peuvent en revanche avoir accès, en principe, aux informations concernant la personne morale qu'ils dirigent⁴⁴². Mais la question la plus délicate à régler surgit lorsque des fichiers existent sur une personne morale tout en cachant des informations sur les personnes physiques. En effet, l'hypothèse n'est pas d'école, puisqu'il arrive assez fréquemment que la collecte d'informations sur des entreprises conduise à mettre indirectement en fiche des données sur les dirigeants personnes physiques⁴⁴³. S'il est vrai que dans ces traitements le dirigeant personne physique n'est pas expressément et nommément désigné, l'assimilation peut se faire aisément et porter ainsi atteinte à sa personnalité, son intégrité ou sa dignité. Nous pouvons ici prendre pour exemple la cotation établie par la Banque de France sur les entreprises. Si le dirigeant personne physique n'est pas directement visé par cette cotation, il est évident que la cotation est établie en fonction de la qualité de ses dirigeants. Ces derniers peuvent donc être touchés par la cotation parce qu'on assimilera le dirigeant à la cotation de la personne morale. Le contraire est également vrai⁴⁴⁴, et l'appréciation portée sur la personne physique rejaillira sur la personne morale sans que

438 Egalité entre entreprises individuelles et entreprises personnes morales, l'égalité entre structures importantes et structures modestes.

439 Voir supra n° 71 et suivants.

440 Pascal ANCEL, précité, « dans la situation de concurrence propre à l'économie de marché et en raison de leurs obligations au sein de l'état social, les entreprises sont sujettes à une publicité plus importante, à des traitements de données par autrui plus nombreux que toute autre personne privée. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles ne doivent pas être en mesure de se défendre vis-à-vis des traitements de données déloyaux ou inexacts ».

441 Un autre argument pourrait être avancé. En effet, la loi du 17 juillet 1978 réformée par la loi du 11 juillet 1979 admet l'accès aux documents administratif par les personnes morales. Par souci de cohérence, il serait alors judicieux d'étendre la loi de 1978 à ces mêmes personnes morales.

442 En effet, d'après le Sénateur L. S. Lucien de Tinguy : « lorsque l'on veut instaurer une protection générale, on l'étend aux sociétés derrière lesquelles se tiennent toujours des personnes physiques », JO débats, Sénat, séance du 17 novembre 1977, page 2772, colonne n° 1.

cette dernière puisse avoir accès à cette information. Or, l'extension de la loi de 1978 aux personnes morales éviterait ce problème. La CNIL a d'ailleurs oeuvré dans ce sens par l'adoption de la délibération du 3 juillet 1984, en permettant aux personnes physiques, dirigeants de personne morale, d'avoir accès aux informations concernant la personne morale. La solution est heureuse, car la mention des noms des personnes ayant un rapport étroit en tant que dirigeant, associés ou actionnaires, à côté des données objectives relatives à l'entreprise, crée un lien indissociable entre la personne physique et la personne morale.

179. Limites. Il est cependant certain qu'une extension de la loi informatique et libertés aux personnes morales transformerait « profondément » sa philosophie, car à l'objectif d'une protection de la vie privée⁴⁴⁵ serait adjointe une protection des intérêts économiques sans rapport avec l'objectif premier de la loi. Néanmoins, nous avons pu démontrer que ces droits économiques, dont la liberté d'entreprendre, ne méritent pas moins protection, intérêt et considération. Ainsi, « la loi de 1978 n'aurait plus seulement un fondement moral mais également économique. A la protection de l'Homme et du Citoyen se joindrait celle de « l'homo economicus »⁴⁴⁶. Restera bien évidemment à fixer les modalités de protection des personnes morales. Les mêmes principes et droits reconnus aux personnes physiques devront-ils leurs être transposés, ou des aménagements vers une souplesse plus importante devront-ils être concédés ?

180. Nécessité d'une protection a minima. A notre sens et compte tenu de nos développements précédents, il semble préférable d'établir une souplesse tant au niveau de l'enregistrement⁴⁴⁷ qu'à celui du traitement⁴⁴⁸. En effet, l'objectif pour les personnes morales étant la protection de leur intégrité économique, de leur « goodwill », de leur dignité commerciale, le droit d'accès, avec ses corollaires, paraît suffisant⁴⁴⁹. Néanmoins, malgré ces arguments, il ne semble pas que la loi évolue sur ce point. En

443 Ainsi les personnes morales voient leurs droits atteints par le fait de données erronées incomplètes... concernant la personne morale. Ce serait ainsi le cas des personnes physiques qui se voyant refuser un crédit pour acheter un appartement par un établissement de crédit, celui-ci accédant à un fichier des entreprises et constatant que le demandeur est l'associé majoritaire d'une société commerciale signalée pour ses mauvais résultats économiques ou pour ses fréquents incidents de paiement. Il est cependant vrai qu'il y a là un détournement de finalité, mais toute la difficulté sera pour la personne physique de déceler et prouver ce détournement. Or, pour lui permettre de se défendre contre la confusion abusive de son patrimoine avec celui de la personne morale, l'accès à toutes les données, même celles concernant la personne morale sera de nature à faire cesser le trouble. Voir *in* colloque : « L'entreprise, l'information et le droit », notamment Jean FRAYSSINET, « L'entreprise et la loi informatique, fichiers et libertés », Cahiers de Droit de l'Entreprise, 1988, n° 11, 17 mars 1988, page 28.

444 Tel sera le cas lorsque les intérêts de l'entreprise seront contrariés par la mention de renseignements négatifs concernant ses dirigeants, mais relatifs à son patrimoine propre ou à son passé en tant que dirigeant (ancien failli par exemple). La personne morale aura donc tout intérêt à exclure ce genre d'informations du fichier la concernant. Néanmoins, il ne faudrait pas que les établissements de crédit puissent mentionner dans un fichier que l'entité a fait usage de son droit d'exclure des informations, ce qui jetterait le doute sur l'intégrité de sa situation.

445 Sauf à considérer que les personnes morales ont une vie privée, ce qui est difficilement acceptable.

446 Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 167.

effet, le projet de loi de transposition de la directive 95/46/CE ne vise que les personnes physiques⁴⁵⁰. Il semble donc exclu que les personnes morales soient intégrées au dispositif. La CCI de Paris avait relèvé⁴⁵¹, lors de l'avant-projet, que le dispositif « n'a pas, à juste titre, été étendu aux personnes morales : ce dispositif protecteur et en effet très lourd, et l'appliquer à ces dernières aurait multiplié les contraintes, sans grande utilité, puisque les personnes morales bénéficient aussi de la protection, à travers les garanties offertes aux personnes physiques qui la composent ». De surcroît, la finalité « de cette législation est de sauvegarder la sphère privée des individus ». A l'analyse des termes du rapport, l'accès indirect déjà évoqué serait suffisant pour protéger les intérêts des personnes morales et ce d'autant plus que ces dernières n'ont pas de vie privée à protéger. Il est bien entendu, au regard de ce que nous venons d'avancer, qu'on ne peut souscrire à une telle conception, alors même que le principal argument de l'exclusion des personnes morales, le secret des affaires, n'a pas été évoqué. C'est bien sur cette base que les personnes morales ont été exclues du dispositif protecteur⁴⁵². Cependant, cet intérêt justifie-t-il, à lui seul, cette position ?

b./ L'argument tiré du risque d'atteinte au secret des affaires⁴⁵³.

447 A ce stade, la vie privée n'étant pas en cause, il serait inutile de limiter les possibilités de collecte. La liberté devrait donc être le principe. Il est bien entendu que si la collecte a lieu directement auprès de la personne morale, celle-ci sera toujours en droit de refuser de fournir les renseignements (sauf obligation légale de transmettre les informations). Néanmoins, s'il s'agit de l'obtention d'un droit ou d'une prestation, elle devra être informée des conséquences de son refus. Pour des développements plus approfondis, voir Corinne VANDENBUSSCHE, précité, n° 181.

448 Au stade du traitement, c'est plutôt du droit de connaître dont il s'agit. A ce titre, le droit d'accès permettra de protéger les droits de la personne morale, bien sûr à la condition préalable d'avoir été informé du traitement. Le droit d'accès et ses corollaires, les droits de communication, de contestation, de rectification... seront à mettre en oeuvre de la même façon que pour les personnes physiques. Pour plus de développements, *ibidem*, n° 182.

449 C'est d'ailleurs dans ce sens que semble aller la doctrine. Voir notamment, Pierre KAYSER, précité, page 435, § 1er in fine ; Pascal ANCEL, précité, page 638 ; Jean-Pierre CHAMOUX, précité ; Herbert MAISL, note sous TGI Paris, 24 avril 1984, Dalloz, 85, Informations Rapides, page 48 ; Jean FRAYSSINET, note sous délibération CNIL, n° 84 - 28 du de 3 juillet 1984, Dalloz 84, II, page 589.

⁴⁵⁰ Article 2 alinéa 2 du projet de loi précité, « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une prsonne physique.. ». Rappelons également dans ce sens le titre du projet de loi qui est dit, « relatif à la protection des personnes physiques... ». Au regard de ces textes, l'exclusion des personnes morales du dispositif semble alors certaine.

451 Voir rapport de la CCI Paris, précité, pages 37-38.

452 Voir, JO débats, Assemblée nationale, précité, 16 décembre 1977, page 8906. Dans ce sens l'opinion du Sénateur Jacques THYRAUD, pour lequel « si les personnes morales peuvent effectivement trouver un avantage à ce que les dispositions de ce projet de loi leur soient appliquées... il s'établirait ainsi une réciprocité qui serait lourde de conséquences, car les personnes morales ne pourraient pas, si elles sont des sociétés commerciales, refuser l'accès de leur fichier à leurs concurrents », JO débats, Sénat, 17 novembre 1977, page 2771, colonne n°1 ; voir également, exposé des motifs des Lignes directrices de l'OCDE, supra n° 168.

181. Existence du risque. Il est vrai que l'extension de la loi de 1978 risque de porter atteinte à ce secret. En effet, les entreprises ont un intérêt légitime à garder secrètes les informations qu'elles détiennent sur des concurrents, des fournisseurs ou même des clients. Or, reconnaître un droit d'accès aux personnes morales porterait à coup sûr atteinte à ce secret dit secret des affaires, puisque n'importe quel concurrent, client ou fournisseur, pourrait savoir quelles sont les informations qui sont détenues par le responsable du traitement qui peut être concurrent, fournisseur ou client. Il est à craindre ainsi que ce droit d'accès se transforme ou établisse *de facto* des cas d'espionnages économiques sous couvert de la loi. Et « par comparaison concertée des informations certains paramètres pourraient être déduit et permettraient de constituer les stratégies de développement de l'entreprise »⁴⁵⁴. Le rapport Bayerl met d'ailleurs également en exergue ce risque par l'accès possible aux fichiers recherches concernant les marchés par les concurrents. On pourrait ainsi multiplier les exemples, le risque étant analogue pour la stratégie en matière de vente lorsque des fichiers sont tenus sur l'activité des concurrents. Il en serait de même pour les fichiers tenus dans l'optique du maintien des bonnes relations commerciales, voire, pourquoi pas, sur l'opportunité de continuation de la relation avec un client ou un fournisseur. L'accès à ces fichiers, par essence nominatifs, pourrait susciter un contentieux entre ces personnes morales. Ces fichiers pouvant être plus ou moins élaborés, il n'est pas impensable qu'une entreprise tienne un *scoring* sur la pérennité de l'activité d'un client ou d'un concurrent. Permettre l'accès à ces derniers pourrait⁴⁵⁵ largement compromettre les relations interentreprises, et même compromettre l'activité de l'entreprise responsable du traitement. Ainsi, il n'est pas difficile d'imaginer qu'un client se voyant mal coté par son fournisseur, décide de rompre toute relation, ce qui pourrait avoir pour effet de dégrader la situation du responsable du traitement. Or, il est certain que l'entreprise qui procède à ces formes de fichages et de traitements, entend bien conserver le secret sur ce genre de procédés, afin d'obtenir un avantage concurrentiel, ou afin de s'assurer de la bonne santé financière et économique de ses clients ou fournisseurs. Rendre possible leur accès représente à coup sûr une « intrusion dans les traitements relevant du secret commercial » et « opère indiscutablement une brèche dans celui-ci »⁴⁵⁶. Bien entendu, l'accès ne sera possible que si une publicité des fichiers est également assurée pour les personnes morales. On sait sur ce point que la CNIL met à la disposition du public non seulement les listes des traitements, mais aussi

453 Voir sur le contenu du secret des affaires, Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 375 et suivantes, et infra n° 623 et suivants.

454 Rapport INRIA/CEE, page 356, cité par Corinne VANDENBUSSCHE, page 175.

455 Il est vrai cependant, comme nous avons pu le dire pour les personnes physiques, que d'après la délibération CNIL du 1er avril 1980, ne sont pas communicables aux personnes physiques : les informations estimatives ou prévisionnelles tant qu'elles ne sont pas opposées à la personne concernée. Mais en pratique, il est évident que cette estimation ou cette cotation qui est attribuée à un partenaire ou à un concurrent sera opposée à ceux-ci. On imagine là encore aisément que la note serve pour accorder ou non des délais de paiement à un client. Ce type d'estimations aura donc en matière de crédit interentreprises une importance considérable.

456 J. HUET, « Le secret commercial et la transparence de l'information », Petites Affiches, 1988, n° 20, page 12.

leur contenu ⁴⁵⁷, ce qui facilitera leur connaissance et leur consultation, au détriment du secret des affaires. Au regard de ce qui vient d'être exposé, l'argument du secret des affaires n'est donc pas un leurre. On pourrait même se demander, là encore, si la liberté d'entreprendre peut constituer le garant du secret des affaires. En effet, la création de fichiers, de traitements sur les concurrents, ou même sur les partenaires, et ce afin de maintenir un avantage concurrentiel, n'entre-t-elle pas dans son domaine ? Or, le fait de dévoiler ce qui construit cet avantage n'est-il pas un obstacle à cette liberté d'entreprendre ? A notre sens, l'interrogative n'est pas d'emblée à exclure, même si nous ne faisons pas partie des acharnés de l'opacité, elle pourrait être opposée aux partisans de la transparence. Néanmoins, sans vouloir non plus se faire les avocats d'une transparence absolue, moins d'opacité, notamment quant aux méthodes informatiques d'évaluation de la dignité de crédit par les établissements de crédit, serait, nous semble-t-il, un gage d'amélioration des relations contractuelles, un gage de loyauté dans les relations d'affaires. Mais la remarque dépasse ici le débat sur l'extension par la loi des dispositions relatives à l'informatique et libertés, car ce que la loi exclut de son champ d'application, les parties peuvent décider de l'y inclure, sur la base soit du principe de bonne foi et de loyauté dans les relations d'affaires, soit d'une déontologie d'un milieu professionnel (nous pensons ici à la communauté bancaire). Mais, si jusqu'à présent nous avons exposé les principes de la loi informatique et libertés de façon plus ou moins abstraite, il convient maintenant de faire application de ces derniers à l'activité bancaire. En effet, ces principes directeurs trouveront à s'appliquer aux actions décidées par le banquier ou l'agence de notation aux fins de recherche de la dignité de crédit de la personne, professionnel ou particulier. En d'autres termes, il s'agit maintenant de s'interroger sur la légitimité, la pertinence et les limites de la constitution et de l'utilisation de fichiers ou traitements liés à l'activité bancaire par rapport aux principes évoqués jusqu'alors.

S/s section 2 Application aux fichiers et aux traitements bancaires.

182. Problématique. Le but d'un établissement de crédit ou d'une agence de notation étant la recherche de solvabilité, on peut se demander quels sont les fichiers ou, plus généralement, les traitements qui peuvent être utilisés comme sources de renseignements de la dignité de crédit d'un emprunteur particulier ou professionnel ? En effet, la problématique peut se poser, notamment, pour les établissements de crédit et plus précisément les banques dites universelles, car ces dernières gèrent un certain nombre de fichiers liés à leurs activités journalières. Ainsi, nous avons déjà évoqué le fait que les banques tiennent des fichiers relatifs à la tenue des comptes clients, des fichiers liés à la gestion des crédits, des fichiers de prospection commerciale qui établissent les profils de comportement de leurs clients, autrement dénommés traitements de segmentation comportementale (II). Or, la question est de savoir, pour ces fichiers, s'ils peuvent être consultés par le banquier lors d'une demande de crédit. Il sera intéressant de savoir si une telle consultation n'est pas contraire au principe de finalité de ces

457 Article 22 de loi de 1978 : « la commission met à la disposition du public la liste des traitements qui précise pour chacun d'eux :

... sa dénomination et sa finalité... ; les catégories d'informations nominatives enregistrées ainsi que les destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces fichiers... ».

traitements, et aux principes en matière de collecte de données, de sécurité ou de confidentialité des données. De même, est-il possible pour les banques de se regrouper entre elles pour établir des fichiers de « mauvais payeurs », dits encore les « listes noires »⁴⁵⁸ du crédit (I). Nous verrons qu'en la matière tout n'est pas permis aux établissements de crédit. Si noble soit l'objectif de recherche de la dignité de crédit, il ne peut justifier tous les travers. A ce titre les principes étudiés précédemment auront naturellement vocation à s'appliquer.

I Le fichage des « mauvais payeurs ».

183. Plan. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la Banque de France n'est pas la seule à pouvoir enregistrer dans des fichiers les incidents de paiement sur crédits. En effet, il est possible à une banque, et même à plusieurs banques, en se réunissant, de constituer de tels fichiers⁴⁵⁹. S'il est indéniable que depuis la création du FICP bon nombre de ces fichiers ont perdu de leur intérêt, il n'en reste pas moins que leur constitution est toujours possible, c'est même un euphémisme. En effet, un rapport récent de la CNIL⁴⁶⁰ a mis en lumière une tendance, dans de nombreux secteurs, et notamment dans celui de la distribution du crédit où la gestion du risque est primordiale⁴⁶¹, à la généralisation et au développement exponentiel du fichage des « mauvais payeurs » ou des « fraudeurs »⁴⁶². D'après le recensement effectué par la CNIL, ces fichiers ou « listes noires », « comportent aussi bien des informations sur des impayés, des comportements pénalement répréhensibles ou encore des « anomalies ». Il s'agit, poursuit la CNIL, de la tenue de fichier concernant aussi bien des « auteurs d'obtentions irrégulières de crédit ou tentatives de telles obtentions », que de « clients douteux », des « personnes présentant des risques aggravés », d'« auteurs d'actes répréhensibles », de personnes pour lesquelles des anomalies ou incohérence sont détectées, que des personnes indésirables ». Mais, au-delà de la diversité des mots utilisés ces fichiers peuvent être classés en deux grandes catégories : les fichiers recensant les incidents de paiement (A.), dont la légitimité n'est pas remise en cause, les établissements de crédit étant tenus d'un devoir de prudence et de saine gestion⁴⁶³, et les fichiers regroupant des informations visant à lutter contre la fraude (B.) qui, eux, sont autrement plus dangereux au regard des libertés individuelles, en cela qu'ils permettent l'enregistrement de « comportement délictuel présumé »⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Termes désignant dans le langage courant un fichier recensant des personnes indésirables.

⁴⁵⁹ Dans ce sens, CNIL, « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité, page 79 in limine ; Jacqueline JAMET, « Le surendettement des particuliers », Monchrétien, 1990, page 94.

⁴⁶⁰ « Le fichage des « mauvais payeurs » et des « fraudeurs » au regard de la protection des données personnelles », CNIL, 2003.

⁴⁶¹ *Ibidem*, page 8.

⁴⁶² *Ibidem*, page 6.

⁴⁶³ *Ibidem*, page 22 in fine.

A. Les fichiers des incidents de paiement.

184. Démarche. Afin d'illustrer au mieux l'intérêt, mais aussi les dangers, de tels fichiers il nous est apparu opportun, dans un premier temps, de faire état d'un fichier aujourd'hui disparu : la CPII (1°) pour envisager, dans un second temps, les garanties qui pourraient permettre l'usage de ce type de fichier dans des conditions respectant les droits et libertés des personnes inscrites ou susceptibles de l'être (2°).

1° La centrale professionnelle d'information sur les impayés (CPII).

185. Historique ⁴⁶⁵. La CPII était, on peut dire, l'archétype des problèmes pouvant ressortir de la création d'un fichier des incidents de paiement, notamment quant au principe de sécurité et de durée de conservation des données. A l'origine de cette centrale d'incidents, il existait un système d'échanges d'informations appelé « club Newton ». Il s'agissait pour ses membres, une dizaine d'établissements financiers dispensant du crédit à la consommation, de transmettre mensuellement à un tiers prestataire de services, la liste des emprunteurs qui se trouvaient à l'origine d'incidents de paiement. Ce dernier, qui faisait office de relais entre les différents membres, transmettait ensuite à ces derniers la liste de tous les incidents constatés. De sorte que chaque établissement de crédit était tenu informé des incidents de paiement sur les crédits octroyés par ses confrères. Mais ce dernier fichier n'ayant pas fait l'objet en lui-même d'une déclaration à la CNIL, cette dernière émit une Recommandation dans ce sens, que les membres décidèrent de suivre. Les membres du « club Newton » ont alors créé un GIE afin de poursuivre leur activité de fichage, ainsi était née la CPII et avec elle son lot d'avatars. Le moins qu'on puisse dire est que ce fichier n'a pas brillé par la sécurité des informations qui y étaient traitées. En effet, nombreuses ont été les plaintes adressées à la CNIL concernant les erreurs de fichage, homonymies notamment, inscription malgré des décisions de justice favorables, enregistrements d'incidents imputés par erreur ⁴⁶⁶ ... Un exemple typiquement représentatif des plaintes contre la CPII est apporté par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1995 ⁴⁶⁷. En l'espèce, une personne s'était vue refuser d'une part, un crédit à la consommation (sous forme de carte de crédit) auprès d'une grande enseigne commerciale, et d'autre part, relancée par l'organisme de crédit ayant, à l'origine, donné le signalement du mauvais payeur. Le problème était que cette personne portait en fait le même nom, était née le même jour de la même année que le réel fautif. En somme, un cas d'homonymie presque parfaite si ce n'était que le lieu de naissance était différent. La Cour de cassation sanctionna la CPII pour enregistrement et

⁴⁶⁴ *Ibidem*, page 23, comportement dont l'appréciation relève normalement de la seule compétence des autorités publiques.

⁴⁶⁵ Voir, 9e rapport CNIL, page 203 et 204 ; Voir aussi GJIDARA, précité, n° 311 et 312, page 157 et suivantes.

⁴⁶⁶ Ainsi, la CNIL relève dans son rapport annuel pour 1991, 97 plaintes pour la seule CPII sur un total de 419 se rapportant au secteur banque et économique, 12e rapport CNIL, page 148.

⁴⁶⁷ Sur cette affaire, voir Jean FRAYSSINET, *Revue Expertises*, n° 173, juin 1994, page 229 et suivantes ; *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms* 4/98, page 68 et suivantes ; 16e rapport CNIL, page 35.

conservation d'informations en violation de l'article 29 de loi du 6 janvier 1978⁴⁶⁸. La chambre criminelle rappelant à cette occasion que la responsabilité du maître du fichier peut être engagée, sur la base de cet article, non seulement à l'égard des personnes fichées, mais également à l'égard de « toutes celles qui peuvent être directement ou indirectement concernées par l'exploitation de ce traitement », en l'espèce la personne victime de l'homonymie que l'insuffisance des mesures de sécurité mises en oeuvre avait par erreur conduit à faire passer pour fiché. Cet arrêt n'est que la concrétisation des nombreuses plaintes qui existaient contre la CPII. Face à ces problèmes de fonctionnement, par lettre du 25 octobre 1995, cette dernière mit fin à son existence⁴⁶⁹. Pour autant, les réflexions menées depuis par la CNIL⁴⁷⁰ démontrent la nécessité d'un encadrement stricte de ce type de fichier.

2° Les garanties apportées au fiché.

186. Règles spécifiques à la constitution de ce type de fichier. S'il est vrai qu'il s'agissait là du principal fichier privé d'incidents de paiement pour le domaine du crédit, sa disparition n'ôte rien à l'intérêt de l'étude des fichiers bancaires recensant des incidents de paiement. En effet, rien n'interdit à un établissement de crédit de se constituer un fichier d'incidents de paiement à usage exclusivement interne. Certes, la portée d'un tel fichier est diminuée par rapport au fichier interprofessionnel, en ce sens qu'il ne pourra recenser que les clients de cet établissement de crédit. Néanmoins, cette limite doit être nuancée par la prise en compte de la réalité économique. En effet, nous dit la CNIL, « les phénomènes de concentration, l'élargissement du champ d'action géographique des entreprises, ont contribué au développement de fichiers centraux destinés à recenser les indésirables afin d'en diffuser la liste aux différents points de vente »⁴⁷¹. Cette remarque prend une acuité toute particulière dans le domaine du crédit où les banques dites « universelles » entretiennent des liens étroits avec des sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation. On peut donc avoir des fichiers dits « internes » qui toucheront un nombre important de personnes. Outre cet aspect, il n'est pas dit qu'un groupement de professionnels du crédit ne décide de créer à nouveau un tel fichier⁴⁷². Dans cette hypothèse le fichier se verrait appliquer la délibération n° 88 - 83 édictée par la CNIL⁴⁷³. L'objectif de cette recommandation est de fixer les règles minimales à suivre pour la constitution et la mise en oeuvre d'un tel fichier. Ce type de fichier, appelé « fichier commun d'incidents de paiement », est défini par le texte comme l'échange, entre

468 Qui édicte un principe de sécurité des informations, voir sur ce point supra n° 167.

469 Voir, sur les raisons de cette disparition, dont les problèmes d'homonymies, 16^{ème} rapport CNIL, pages 144-143.

470 « Le fichage des « mauvais payeurs » et des « fraudeurs » au regard de la protection des données personnelles », CNIL, 2003.

471 *Ibidem*, page 9 et page 30.

472 Ainsi, on peut ici citer l'exemple belge qui connaît à côté du fichier d'incidents de paiement de la Banque Nationale (la centrale des crédits de la Banque Nationale) un fichier du même type organisé par un organisme professionnel, l'union professionnelle du crédit (UPC). Voir sur le thème des fichiers en droit comparé, Marie-Claude BARRET-BERNAY, précité.

établissements de crédit, d'informations concernant les clients qui n'ont pas effectué le règlement d'un certain nombre de leurs échéances. Ces échanges de données, qui s'effectuent fréquemment de manière automatisée, conduisent à la constitution de fichiers communs recensant les incidents de paiement. Il est patent, au regard de cette définition, que ne sont pas visées les informations transmises à la Banque de France dans le cadre de sa gestion du FICP. Même s'il peut s'agir des mêmes informations, incidents de paiement, l'échange est ici fait pour alimenter un fichier privé commun à ces établissements de crédit. Or, lorsque ces derniers procéderont à cette forme de pratique, ils devront impérativement respecter un certain nombre de règles introduites par la recommandation.

187. Nécessité d'une déclaration ordinaire. En effet, au premier chef, se trouve l'obligation de déclaration ordinaire, à défaut de pouvoir se prévaloir de la norme simplifiée n° 13⁴⁷⁴ qui aurait autorisé une déclaration simplifiée. En effet, selon cette Recommandation, « ces catégories de traitement ne répondent pas aux conditions de l'article 17 de la loi de 1978 ; elles ne peuvent donc faire l'objet de formalités préalables simplifiées par référence à la norme n° 13... et doivent donc donner lieu à déclaration ordinaire »⁴⁷⁵. La constitution d'un fichier commun d'incidents de paiement comporte donc, visiblement, un risque pour la vie privée, qui mérite d'être cerné par des règles de déclaration plus strictes. Demain, le contrôle de la création de ce type de fichier devrait être renforcé par une procédure d'autorisation qui sera conférée à la CNIL. Concrètement, l'autorisation concerne les traitements visés au considérant n° 53 de la directive européenne 95/46/CE, c'est-à-dire les « traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités telles que celle d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat ou du fait de l'usage particulier d'une technologie nouvelle »⁴⁷⁶. Or, selon la CNIL, il ne fait aucun doute que ce type de fichier fait partie des traitements visés par la directive⁴⁷⁷. Cela signifie que la CNIL aura à procéder à un contrôle de la légalité de ces traitements au regard des dispositions de loi

473 Délibération n° 88 - 83 du 5 août 1988 portant adoption d'une Recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit. Voir pour cette délibération, 9^{ème} rapport CNIL, page 381 et suivantes, et page 200 pour un commentaire.

474 Norme simplifiée n° 13, relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit, précité, supra n° 149.

475 Articles 17 de la loi du 6 janvier 1978, « pour les catégories les plus courantes de traitement... , qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés, la commission... établit des normes simplifiées... ».

476 Mesure reprise par l'article 25 - I du projet de loi de transposition de la directive adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 29 avril 2004 : « Sont mis en oeuvre après autorisation de la commission nationale de l'informatique et des libertés : [...] 4° les traitements automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leur finalité, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toutes dispositions législatives ou réglementaires... ».

477 Voir rapport CNIL précité, pages 11 et 12.

informatique et libertés, avant d'autoriser ou de refuser leur mise en oeuvre. Ce type de dangers avait d'ailleurs bien été perçu par la CNIL, notamment au travers sa recommandation du 5 août 1988, mais également, plus récemment, dans son rapport sur le fichage des mauvais payeurs à l'occasion duquel la CNIL a précisé les conditions de mise en oeuvre d'un tel fichier et ce afin de garantir au mieux les droits et libertés des personnes. Ainsi, la recommandation a-t-elle insisté pour que l'inscription n'intervienne qu'en cas de niveau grave d'impayé.

188. La protection par la notion de « niveau grave d'impayé ». La gravité doit, semble-t-il, pour plus de cohérence, s'apprécier par rapport à la norme établie par le Comité de la Réglementation Bancaire : c'est-à-dire par référence à la notion d'incident de paiement caractérisé⁴⁷⁸. C'est ce qu'a préconisé d'ailleurs la CNIL dans un premier temps en précisant qu'« à l'instar du fichier national des incidents de remboursement du crédit aux particuliers... la fixation d'un seuil au-delà duquel l'inscription est possible est de nature à garantir le caractère non excessif de la collecte et respecte le principe de l'adéquation de la mesure d'inscription au manquement constaté »⁴⁷⁹. Cependant, face aux contestations de nombre de déclarants estimant que l'instauration d'un seuil « priverait d'efficacité le traitement effectué dans la mesure où c'est précisément la lutte contre la multiplication des petits incidents qui est combattue »⁴⁸⁰, la CNIL, sans remettre en cause sa préconisation, a proposé d'en préciser les modalités de mise en oeuvre. Ainsi, a-t-elle proposé d'établir l'incident caractérisé, « selon des mécanismes intégrant le cumul et la gravité de l'incident. L'addition, ajoute-t-elle, de plusieurs petits impayés dans une durée déterminée entraînant alors l'inscription au fichier »⁴⁸¹. Mais, ce n'est que dans l'hypothèse où il existera un « principe certain de créance » que l'inscription dans ce type de fichier pourra légalement intervenir.

189. L'exigence d'un « principe certain de créance ». Cela signifie que l'inscription ne pourra intervenir qu'au cas où l'établissement de crédit, en tant que créancier, « pourrait contraindre le débiteur au paiement et le poursuivre en justice »⁴⁸². Autrement dit, pour qu'une créance soit jugée certaine il faut que le débiteur n'en conteste ni la réalité, ni l'actualité. A défaut, c'est-à-dire « si des éléments de fait et de droit de nature à remettre en cause ce qui constituait jusqu'alors une certitude pour le créancier étaient fournis par le débiteur, il appartiendrait alors au responsable du traitement d'apporter la preuve de la réalité de la dette »⁴⁸³. Cependant, si malgré la présence de contestation sérieuse et étayée l'inscription intervenait, l'établissement de crédit responsable du

478 Voir sur ce ^{tte} notion, l'article 3 du Règlement n° 90 - 05 du 11 avril 1990 sur le FICP, précité.

479 *Ibidem*, page 44.

480 *Ibidem*.

481 *Ibidem*.

482 *Ibidem*, page 43.

483 *Ibidem*.

traitement devrait alors, selon la CNIL, se plier à deux exigences :

- signaler l'existence de la contestation par un signe (astérisque) ;

- mettre en oeuvre des mesures d'instruction de la contestation selon des modalités prédéterminées et raisonnables tels que par exemple, l'échange de correspondances entre les protagonistes (débiteur et établissement de crédit) sur une durée limitée ⁴⁸⁴ . Cette dernière précision devant éviter un fichage abusif si les délais d'instruction devenaient trop longs surtout si celle-ci aboutissait, au final, à reconnaître légitime la contestation. Cependant, en l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si l'incident de paiement ne fait aucun doute, alors l'inscription pourra intervenir. Mais, là encore, des garanties tenant à l'information de la personne seront à respecter.

190. Protection des personnes par l'information. Récemment, la CNIL a insisté sur la nécessité d'assurer la transparence de ces fichiers quant aux conditions d'inscription et de radiation, quant aux personnes autorisées à consulter le fichier, quant à la durée de conservation des informations et quant à la finalité du fichier. Cette information des personnes pourrait alors intervenir de deux façons. Soit directement auprès de celles-ci. Soit indirectement, c'est-à-dire en transmettant les informations à la CNIL qui « s'attachera à assurer la publicité des fichiers centraux de ce type par la diffusion de notices, établies contradictoirement avec les organismes gestionnaires... reprenant les règles de fonctionnement de ces fichiers ainsi que les informations pratiques permettant aux personnes fichées de s'assurer de la pertinence du traitement à leur égard » ⁴⁸⁵ . Lorsque l'information interviendra directement auprès de la personne, système à notre sens le plus pertinent dans la mesure où la personne n'aura pas à faire la démarche de consultation du fichier des fichiers dont, le plus souvent, elle ne soupçonne même pas l'existence, alors elle devra intervenir à plusieurs stades ⁴⁸⁶ . Ainsi, lors de l'entrée en relation la CNIL a marqué son souci que la personne soit informée de la finalité du traitement ainsi que du destinataire chargé de centraliser les informations relatives aux incidents de paiement. Sur ces deux points la CNIL a d'ailleurs relevé une certaine réticence des déclarants à fournir ces informations. « Le maintien d'une telle opacité, nous dit la CNIL,... n'est pas admissible » ⁴⁸⁷ . En outre, cette dernière avait, il y a quelque

⁴⁸⁴ Ce n'est là qu'un exemple, car l'instruction pourrait tout aussi bien être faite par un organe extérieur : un médiateur comme le préconise la CNIL (voir rapport précité, page 43). Il s'agirait alors, selon la CNIL, pour les établissements de crédit de mettre en place un système de contrôle extérieur constitué de façon paritaire en réunissant des consommateurs et des professionnels (voir rapport précité, page 54). L'avantage de ce dernier mode de règlement des conflits serait d'éviter que l'arbitrage soit fait par l'établissement de crédit même qui a procédé ou qui entend procéder au fichage. Car, on peut facilement imaginer, dans cette hypothèse, que les garanties d'impartialité et d'indépendance soient sujettes à caution. Or, la présence d'un organe extérieur au litige devrait apporter plus de sécurité juridique à cet égard. Cependant, rien n'empêche en pratique de cumuler les deux types de procédures et où le médiateur jouerait alors le rôle d'organe d'appel. Voir, plus largement sur la médiation comme mode de règlement des conflits d'intérêt, *infra* n° 804.

⁴⁸⁵ Rapport CNIL précité, page 52. La CNIL a jugé insuffisante la publicité prévue à l'article 22 de la loi de 1978 instaurant le fichier des fichiers.

⁴⁸⁶ Rapport CNIL précité, page 40.

temps déjà ⁴⁸⁸, rappelé qu'il était nécessaire d'informer les intéressés qu'en cas d'incident de paiement, les informations les concernant seront susceptibles d'être inscrites dans un fichier accessible par l'ensemble des professionnels du crédit ; et que lorsqu'elles seront inscrites, ils soient informés de cet état avant ou au moment de l'inscription. Mais en l'état actuel, il faut savoir qu'il n'y a pas d'obligation d'information pour le responsable du traitement lorsque les données sont récoltées auprès de tiers ⁴⁸⁹. C'est ce qui a été tranché par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 octobre 1995 ⁴⁹⁰ : « la loi du 6 janvier 1978 ne fait nulle obligation au responsable du fichier, qui recueille auprès de tiers des informations nominatives aux fins de traitements, d'en avertir la personne concernée... ». Il est vrai qu'une interprétation stricte des articles 26 et 27 de la loi de 1978 n'impose pas cette information. Or, il est également vrai que la recommandation 5 août 1988 n'a pas de valeur réglementaire ⁴⁹¹, la Cour de cassation n'était donc pas tenue de faire application de celle-ci. Car, si elle avait fait application de cette Recommandation, le fiché aurait dû être personnellement informé de son fichage ou futur fichage, tel que c'est le cas pour les inscriptions au FICP ⁴⁹². Néanmoins, il est fort peu probable que cette jurisprudence perdure, car la directive européenne 95/46/CE impose l'information en cas de collecte auprès de tiers ⁴⁹³. Le projet de transposition va d'ailleurs dans ce sens ⁴⁹⁴. La CNIL a plus récemment réaffirmé cette obligation d'information tout en la renforçant puisque celle-ci (l'information) « doit également préciser très clairement le périmètre du traitement et les parties prenantes à l'alimentation et à la consultation des

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ Recommandation du 5 août 1988 précitée.

⁴⁸⁹ Contrairement à d'autres pays, tels que la Belgique, où il est prévu par la loi du 12 juin 1991 concernant le crédit à la consommation, qu'au premier fichage dans le fichier de l'UPC, la personne doit être immédiatement informée afin qu'elle puisse exercer les droits qui lui sont reconnus par cette loi. Ainsi, en est-il du droit d'accès, de rectification... et de la possibilité pour elle de juger que les motifs du défaut de paiement soient indiqués en même temps que celui-ci, par exemple divorce, maladie... Ce qui est intéressant car en cas de disparition de la cause on pourrait dire que le fichier n'est plus pertinent. Voir sur la loi belge, française Domont-Naert, « Consommateurs défavorisés : crédit et endettement », *Story scientia*, 1992, pages 148, 149, 215, 216.

⁴⁹⁰ Voir sur cet arrêt, *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 2/98, page 43 et suivantes ; *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 4/95, page 32, note Herbert MAISL ; *Revue Expertises*, juin 1996, n° 195, page 229 et suivantes, note Jean Frayssinet ; voir aussi, Claude Bourgeois, « Les mégabases de données comportementales au regard de la loi du 6 janvier 1978 et la Directive européenne du 26 octobre 1995 », *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 2/99, page 11.

⁴⁹¹ Voir, sur la portée des recommandations de la CNIL, Herbert MAISL, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3/87, pages 564 et 565; *infra* n° 358, n° 726 et suivants.

⁴⁹² Voir *supra* n° 107.

⁴⁹³ Voir, article 11 de la Directive 95/46/CE.

⁴⁹⁴ Voir, rapport CCI de Paris, page 51 et suivantes. Point confirmé par le projet de loi de transposition de la directive 95/46/CE, adopté en 2ème lecture par l'Assemblée nationale, article 32 - II.

données »⁴⁹⁵. Cette dernière consultation n'est d'ailleurs pas sans poser quelques difficultés au regard du respect du secret professionnel bancaire dans le cas où elle interviendrait dans le cadre d'une mutualisation de l'information.

191. Fichiers centraux et secret professionnel. Certes, la CNIL a bien suggéré une sectorisation de cette mutualisation⁴⁹⁶ « avec une limitation d'accès aux seuls professionnels du secteur considéré »⁴⁹⁷. Cependant, le secret professionnel étant, semble-t-il, opposable entre établissements de crédit⁴⁹⁸, seule une autorisation des personnes susceptibles d'être concernées par le fichage pouvait lever l'obstacle. La CNIL reste toutefois exigeante sur la forme de l'autorisation. Ainsi, a-t-elle souligné que « l'inscription d'une clause particulière, dites de « levée du secret bancaire » pour des conventions ayant le caractère de contrats d'adhésion, ne permet pas d'assurer que la personne a indubitablement donné son consentement, de façon libre et éclairée, compte tenu du faible pouvoir de négociation du particulier »⁴⁹⁹. Les établissements de crédit participant à une mutualisation de fichiers internes ou à un fichier commun devront donc davantage préciser les conditions de la levée du secret professionnel, notamment, nous dit la CNIL, « tant au niveau de la finalité du partage que des destinataires des informations »⁵⁰⁰. Cependant, une fois la levée du secret professionnel obtenue, les responsables du traitement devront concrètement et quotidiennement s'assurer que celui-ci est respecté, notamment par un contrôle de l'accès aux informations et par une gestion des habilitations⁵⁰¹. De telles mesures sont également prévues non pas pour garantir la confidentialité des données, mais pour éviter que soient rattachées à une personne des informations concernant une autre que cette dernière.

192. Fichiers centraux et risque d'homonymie. La recommandation du 5 août 1988 a mis en évidence la nécessité que soient prises toutes mesures de sécurité pour éviter les risques d'homonymie. Concrètement, cela signifie que le responsable du traitement ne doit pas seulement, au moment de l'enregistrement, prendre le nom, le prénom et la date de naissance de la personne mais aussi son lieu de naissance⁵⁰². La

⁴⁹⁵ Rapport CNIL précité, page 53. La CNIL précise que « l'information sur l'inscription devant s'opérer par l'envoi « d'une mise en demeure préalable » précisant à la personne visée les partenaires destinataires de l'information » (rapport page 53).

⁴⁹⁶ Pour ce qui nous concerne, la mutualisation ne pourrait donc concerner que des informations liées à l'activité de distribution du crédit, ce qui limiterait d'autant les catégories de personnes autorisées à accéder à ces informations. Ainsi, à titre d'exemple, le service commercial de l'établissement de crédit, dont la finalité n'est pas la distribution du crédit, ne pourrait accéder à l'information.

⁴⁹⁷ Rapport CNIL précité, page 41.

⁴⁹⁸ Sur cette question, voir *infra* n° 247 et n° 885.

⁴⁹⁹ Rapport CNIL précité, page 58.

⁵⁰⁰ *Ibidem*. Une telle suggestion n'est en fait qu'un moindre mal, puisque pour la CNIL, « seule une intervention législative serait de nature à permettre une dérogation aussi large au principe du secret bancaire... ».

⁵⁰¹ *Ibidem*, page 14, page 42 et page 48.

CNIL a pu à cet égard constater que la date et le lieu de naissance n'étaient pas systématiquement répertoriés ce qui augmente considérablement les risques de confusion entre deux personnes. Elle a même constaté que lors de la consultation le personnel consultant se contentait trop souvent d'interroger le fichier qu'en saisissant les noms et prénoms des personnes, ce qui ne peut, là encore, qu'augmenter les risques d'homonymie. La CNIL entend bien que « seul le personnel ayant reçu une formation spécifique à la consultation du fichier devrait y accéder... »⁵⁰³. Ce sont là des précautions minimales que devront prendre les établissements de crédit participant à la centralisation de ce type de fichiers afin d'éviter qu'une personne se retrouve fichée illégalement pendant des années. Il est cependant exact que les droits d'accès et de communication, et de rectification, pourront limiter les effets négatifs liés à ce type d'erreurs, de même que l'existence d'un droit à l'oubli.

193. Protection par la limitation de la durée de conservation. « En cas de non-régularisation, le maintien de l'inscription ne peut être considéré comme proportionnel que s'il est assorti d'une limite raisonnable dans le temps »⁵⁰⁴. La détermination de cette « limite raisonnable » reste cependant particulièrement délicate à établir⁵⁰⁵. Sur ce point on peut toutefois faire état de la recommandation du 5 août 1988 qui fait référence à la durée de conservation des données et révèle opportunément « que les informations relatives aux incidents de paiement ne constituent pas des documents comptables au sens des dispositions du Code de commerce et doivent donc faire l'objet d'une durée de conservation particulière ». Pour la CNIL il est hors de propos d'assimiler les informations sur les incidents de paiement à celles relevant de l'article L. 123 - 22 du Code de commerce. En effet, une telle assimilation aurait permis un délai de conservation important, puisque les données comptables peuvent être conservées au moins dix ans. Il est alors évident qu'une durée de conservation aussi longue mettrait en péril la philosophie de la loi de 1978 et notamment le droit au respect de sa vie privée, de sa personnalité et surtout du droit à ne pas être fiché indéfiniment pour un fait appartenant au passé. La position de la CNIL est plus dure que celle exprimée dans le Code de commerce puisqu'au maximum la durée ne peut excéder trois ans si le dossier a été soldé et cinq ans s'il a été passé en perte. Mais cette durée pourrait être moindre, car il doit être fait référence au montant dû, au nombre d'impayés et à la « diligence dont a fait preuve le débiteur pour régulariser son dossier ». C'est dire que s'il y a peu d'incidents, voire un seul, et si ce dernier porte sur une somme de faible montant et que le débiteur, de bonne foi, est particulièrement impliqué dans la sortie de son crédit, alors la durée pourrait et devrait être inférieure à trois ans. On pourrait facilement imaginer que dans ce cas l'établissement de crédit décide de procéder à la radiation immédiate une fois le dossier soldé. Cette recommandation offre donc des garanties satisfaisantes pour les personnes

⁵⁰² *Ibidem*, page 48.

⁵⁰³ *Ibidem*, page 49.

⁵⁰⁴ Rapport CNIL précité, page 46.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

inscrites dans un fichier commun d'incidents de paiement. Ainsi, il serait hors de question d'inscrire dans un tel fichier autre chose que des incidents de paiement comme par exemple l'exercice du droit de rétractation par un emprunteur ou même la tentative d'obtention frauduleuse d'un crédit. Et ce n'est pas là pure hypothèse d'école.

B Le cas des fichiers interdits.

194. Plan. Deux catégories de fichiers peuvent être rangées sous cette intitulé. L'une visant le fichier des personnes ayant usé de leur droit de rétractation (2°), dont l'interdiction est absolue et indiscutée, l'autre regroupant les fichiers recensant les fraudeurs (1°) qui, elle, malgré une interdiction de principe, peut être mis en oeuvre sous réserve que soient respectées des conditions draconiennes.

1° Le fichier des tentatives d'obtention frauduleuses d'un crédit.

195. Position du problème : conciliation des intérêts des établissements de crédit et de la protection des droits et libertés des personnes. Selon la CNIL, ces fichiers « sont autrement plus problématiques que les fichiers d'incidents de paiement dans la mesure où ils relèvent des fichiers d'infractions ». En effet, les informations, même si elles sont identifiées comme des « anomalies » ou des « incohérences » ne sont en fait enregistrées qu'en considération d'une très forte probabilité de tentative de fraude⁵⁰⁶. Or, d'après la CNIL, « Un enregistrement de « comportement délictueux présumé » est dès lors plus dangereux pour les libertés que celui des décisions caractérisant tel ou tel délit après examen contradictoire et il convient d'affirmer clairement que de tels traitements relèvent bien des fichiers d'infractions »⁵⁰⁷. Or, l'article 30 de la loi de 1978 interdit formellement la mise en oeuvre de tels fichiers par des personnes autre que gérant un service public. Les établissements de crédit ne peuvent donc constituer de tels fichiers⁵⁰⁸. Pour autant, la CNIL face au phénomène de fraude a très vite reconnu la légitimité qu'avaient les établissements de crédit à identifier et éliminer du crédit les fraudeurs⁵⁰⁹. Un équilibre entre la protection des intérêts des établissements de crédit et la protection des droits et libertés des personnes est donc à trouver. La problématique a d'ailleurs fort bien été posée par la CNIL dans son rapport relatif au fichage des « mauvais payeurs ». « Certes, nous dit la CNIL, la connaissance du co-contractant est un élément essentiel de la décision de contracter... cependant, le caractère *intuitu personae* de la transaction peut-il justifier la collecte de toute information... au motif qu'elle serait de nature à porter atteinte à la nécessaire confiance devant s'établir pour permettre la conclusion du contrat ? »⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Rapport CNIL, page 23.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

⁵⁰⁸ Sauf à considérer que les établissements de crédit gère un service public. Voir sur cette question, Patricia BEAUREZ, « L'activité bancaire à l'épreuve de la notion de service public », thèse Clermont-Ferrand, 2003.

⁵⁰⁹ En ce sens, voir rapport CNIL précité, page 5, pages 8 et 9, page 39, pages 61 et 62.

⁵¹⁰ Rapport CNIL précité, page 25.

La réponse n'est évidemment pas aisée à fournir. Il semble cependant que la CNIL, en attendant une intervention législative sur ce point, ait trouvé un point d'équilibre en interdisant le fichage des fraudeurs soit par le biais de la mutualisation de plusieurs fichiers internes, soit par l'établissement d'un fichier commun à la profession, mais en autorisant les fichiers internes à chaque établissement de crédit.

196. Prohibition de principe par la CNIL. Face à la multiplication des demandes visant à la mutualisation des fichiers, la CNIL a fait remarquer que, « la centralisation de toutes les fraudes ou tentatives de fraude... et la mise à disposition de telles informations à des tiers n'ayant subi aucun préjudice direct entrent manifestement dans les prévisions de l'article 30 et n'étaient pas envisageables dans le cadre juridique actuel »⁵¹¹. La CNIL s'était d'ailleurs déjà fermement opposée à la constitution de ce type de fichiers. En effet, deux établissements de crédit souhaitaient constituer des traitements relatifs aux tentatives d'obtention irrégulières de crédits, en enregistrant les dossiers des demandeurs de crédit pour lesquelles les services du contrôle général avaient détecté des anomalies (modification des documents fournis lors de la demande de crédit, fourniture de faux documents, documents volés...). L'utilité d'un tel fichier n'est pas faible pour les établissements de crédit qui ont affaire à des emprunteurs peu scrupuleux. En effet, les dispensateurs de crédit ne sont pas à l'abri de tentatives de fraude pour l'obtention d'un crédit, qui peuvent être le fait de personnes plus ou moins expertes dans le domaine. Ainsi, la tentative pourra aussi bien provenir du demandeur qui croit pouvoir passer à travers les mailles du filet en maquillant maladroitement son bulletin de salaire, que du véritable escroc rompu à ces pratiques. Le sûr dans ces tentatives, qu'elles proviennent de l'un ou l'autre de ces protagonistes demandeurs de crédit, est qu'elles ne sont pas à négliger. En effet, certains établissements de crédit spécialisés dans le crédit à la consommation⁵¹² arrivent à détecter et à éliminer environ 1000 tentatives de fraude chaque mois, ce qui représente environ une demande sur 200. Malgré leur vigilance il existe toujours des dizaines de fraudeurs qui arrivent à mettre en échec le système de sélection. La nécessité pour les établissements de crédit d'établir un fichier de tentative d'obtention irrégulière du crédit était donc réelle. Néanmoins, présenté sous cette forme (fichier), la CNIL a dû émettre une opinion négative quant à la constitution de ce traitement, même si elle a admis « qu'il appartenait à ces sociétés de décider librement, dans le respect des lois et règlements en vigueur, de la nature des mesures propres à lutter contre la fraude »⁵¹³. L'obstacle provenant des termes de l'article 30 de loi du 6 janvier 1978 qui énonce que : « ... les juridictions et autorités publiques agissant dans le cadre de leurs attributions légales..., peuvent seules procéder au traitement automatisé d'informations concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté ». Or, il

⁵¹¹ *Ibidem.*

⁵¹² Cas de l'établissement de crédit CETELEM. Voir sur ce point, l'intervention de Bernard DROT, « La protection du prêteur : une nécessité », à l'occasion du colloque organisé par la faculté de droit de Dijon, le 10 mai 2000, intitulé : « La loi sur le crédit à la consommation à l'épreuve des nouvelles pratiques de distribution du crédit ».

⁵¹³ Voir, 15e rapport CNIL, page 134, 135 ; voir aussi sur cette affaire, Sandrine Munoz, « L'échange de données informatisées », thèse, Nice, 1997, pages 273, 274 ; Sophie GJIDARA, précité, page 260.

est vrai que la décision de procéder à l'enregistrement de l'identité d'une personne dans le fichier envisagé résultait de l'appréciation ou du constat selon lequel elle était l'auteur d'une manœuvre frauduleuse tendant à persuader de l'existence de fausses entreprises ou d'un crédit imaginaire constitutif des délits d'escroquerie et tentative d'escroquerie, d'usage de faux réprimés par le nouveau Code pénal⁵¹⁴. Cependant, « cette disposition, bien que pénalement sanctionnée... n'a malheureusement pas empêché la multiplication des fichiers destinés à prévenir la fraude »⁵¹⁵. Or, en prenant le risque de se placer sous les sanctions édictées par l'article L. 226 - 19 du Code pénal⁵¹⁶, les établissements de crédit montrent clairement qu'ils entendent placer la protection de leurs intérêts au-dessus des droits et libertés des personnes. Bien évidemment, la CNIL plutôt que d'interdire une pratique qui, finalement, vise à écarter les escrocs et donc participe à une saine distribution du crédit, a préféré, sans revenir sur l'interdiction de la mutualisation des fichiers de fraudeurs⁵¹⁷, permettre leur tenue à l'interne et sous réserve que soit respectées des conditions strictes de mise en oeuvre.

197. Assouplissement de la position de la CNIL. La commission crût néanmoins devoir saisir la Chancellerie pour opinion sur le sujet. Selon cette dernière, permettre la constitution de ce fichier laisserait à son responsable d'une part, « l'appréciation subjective d'un comportement qu'il pourrait librement qualifier de frauduleux, d'autre part, à permettre au gestionnaire de procéder au traitement automatisé d'informations ayant trait à des infractions pénales ». Sur cet avis, deux problèmes ont été soulevés par le ministre de la justice, d'une part, l'obstacle de l'article 30 de la loi du 6 janvier 1978, et d'autre part, le risque de substitution de compétence par rapport au juge. En effet, sur ce dernier point il est criant que l'organisme de crédit, en décidant de fichier une personne, prononcerait *de facto* une sanction pour des faits⁵¹⁸ relevant des seules juridictions pénales et dont l'appréciation serait laissée en quelque sorte au bon vouloir des établissements de crédit. Cependant, soucieuse, comme la CNIL, des nécessités pour les dispensateurs de crédit d'évaluer la dignité du demandeur, la chancellerie a relevé que : « ces sociétés de crédit paraissent libres de concevoir une gestion informatique leur permettant d'assurer une instruction plus efficace et centralisée des demandes de crédits visant en particulier à détecter les fraudes notamment par comparaison avec des dossiers déjà existants »⁵¹⁹. A la suite de ces propos, la commission a permis l'enregistrement

514 Sur le délit d'escroquerie et tentative d'escroquerie, voir les articles L. 313 - 1, L. 313 - 2 et L. 313 - 3 du nouveau Code pénal ; sur le délit d'usage de faux, voir l'article L. 441 - 1 du même code.

515 *Ibidem*, page 60.

516 D'après cet article, « ...est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende...le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée des informations nominatives concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté. ».

517 Interdiction que seule une intervention législative, offrant aux personnes des garanties minimales, pourrait le faire. Voir rapport CNIL précité, pages 60 et 61.

518 Utilisation de documents falsifiés ou volés notamment.

dans le fichier centralisé des deux sociétés, d'un signe révélant qu'un dossier de demande de crédit avait été expressément soumis à l'appréciation du service de contrôle général chargé, notamment, dans les cas de suspicion de fraude, de procéder à des vérifications approfondies. Concrètement, le service de contrôle enregistre dans le fichier un code signifiant que toute nouvelle demande devra lui être transmise pour étude approfondie. Bien sûr, les garanties que nous venons de voir s'agissant des fichiers d'incidents de paiement⁵²⁰ sont parfaitement transposables au fichier des fraudeurs. Ainsi, le responsable du traitement devra informer les demandeurs des risques de fichage en cas de déclaration irrégulière. Et, mettant également en oeuvre le principe du droit à l'oubli, la vérification qui ôterait tout doute de fraude devra se matérialiser par un effacement du code initial. Enfin, pour assurer le principe de confidentialité et de sécurité, la CNIL demanda que seuls les membres du service de contrôle, disposant d'un mot de passe personnel, soient autorisés à traiter les informations et à procéder aux analyses nécessaires. Ce n'est qu'à ces conditions draconiennes que la commission a délivré les récépissés permettant le traitement. Cependant, face aux risques accentués d'atteinte aux droits et libertés des personnes que représente le fichier des fraudeurs par rapport au fichier des incidents de paiement, notamment quant à l'accès aux crédits, la CNIL a éprouvé le souci que soient respectées des conditions supplémentaires.

198. Le fichier des fraudeurs et le renforcement des garanties applicables au fichier d'incidents de paiement. Si la mise en oeuvre d'un fichier commun destiné à la prévention de la fraude « s'avérait indispensable à la profession et socialement admis, (il) devrait être régi par des contraintes de service public, même s'il était exploité par une société privée »⁵²¹. Ces contraintes devraient, selon la CNIL, inclure « notamment un devoir de neutralité, ainsi que la vérification de la qualité et de l'exhaustivité des informations traitées ». La condition de neutralité ne pourra alors, selon nous, être respectée que si la mission est confiée à un organe extérieur au responsable du traitement. En revanche, pour ce qui est de la vérification de la qualité et de l'exhaustivité des informations, il semble qu'un contrôle interne puisse suffire. Au-delà de ces problèmes spécifiques, la CNIL pourrait, dans le cadre de ces nouvelles attributions, contrôler que toutes les garanties seront mises en oeuvre pour assurer la protection des droits et libertés des personnes fichées ou susceptibles de l'être. Nous savons effectivement que dans un proche avenir les catégories de traitement comportant des risques manifestes au regard des droits des personnes seront soumises à l'autorisation

519 Voir 15^{ème} rapport CNIL, précité.

520 Droit à l'information, droit à l'oubli, principe de confidentialité, déclaration auprès de la CNIL, prise en compte des risques d'homonymie.

521 Rapport CNIL précité, page 61. L'article 8 (5) de la directive 95/46/CE prévoit d'ailleurs expressément l'hypothèse en énonçant que, « Le traitement de données relatives aux infractions... ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si les garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national... ». Le projet de loi de transposition de cette directive, tel qu'adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale, autorise, article 9, 3°, « Les personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes pour les stricts besoins de la prévention et de la lutte contre la fraude... dans les conditions prévues par la loi », de mettre en oeuvre ce type de traitement.

de la CNIL qui, « pourra ainsi s'assurer de la justification de la poursuite d'un intérêt général dûment établi (la lutte contre la fraude, par exemple) et imposer des conditions de fonctionnement pour ces traitements »⁵²². Il est en revanche un fichage qui ne trouvera aucune justification, c'est celui de l'exercice par les emprunteurs de la faculté de rétractation offerte par la loi du 10 janvier 1978⁵²³, codifiée au Code de la consommation.

2° Le fichage de la faculté de rétractation.

199. Une interdiction absolue d'inscription. Selon l'article L. 311 - 15 du Code de la consommation l'emprunteur peut, dans un délai de sept jours, revenir sur son engagement d'acceptation de l'offre. Or, cette faculté de rétractation ne peut en aucun cas faire l'objet d'un fichage. En effet, selon ce même article, « l'exercice par l'emprunteur de sa faculté de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur fichier ». L'objet de cette disposition est d'éviter que les établissements de crédit ne constituent des fichiers de « clients » jugés versatiles⁵²⁴. Ainsi, comme l'a relevé un auteur⁵²⁵, l'interdiction vise à éviter que les prêteurs déçus mettent l'emprunteur à « l'index, comme consommateurs « mauvais payeurs » ou plutôt « chicaneurs »... » ce qui « pourrait les interdire *de facto* de crédit ». Or, il est bien évident qu'un emprunteur ne peut se voir valablement refuser un crédit pour avoir usé d'un droit reconnu expressément par la loi. Un tel fichage contreviendrait du même coup au principe de légitimité des traitements⁵²⁶. Force est de constater que le banquier ne peut s'informer comme il l'entend et les règles relatives au traitement informatique s'appliquent pleinement à lui, limitant, ainsi sa liberté de fichage et par la même occasion l'étendue de ses sources d'informations. Sur ce dernier thème, reste à savoir si le banquier, teneur de compte, teneur de fichiers de segmentation comportementale, peut sans réserve étudier les mouvements du compte, se baser sur la segmentation ainsi établie pour cerner la dignité du demandeur de crédit⁵²⁷. En somme, il s'agit de savoir si l'établissement de crédit peut prendre pour source ce type de fichier, notamment eu égard au principe de finalité.

II Le fichage des clients.

200. Problématique. Nous savons que le banquier, teneur de compte, détient à ce titre

⁵²² Rapport CNIL précité, page 65.

⁵²³ Loi n° 78 - 22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, loi codifiée aux articles L 311 - 1 à L 311 - 18 du Code de la consommation et aux articles L 311 - 20 à L 311 - 27, L 313 - 7 à L 313 - 9 du même code.

⁵²⁴ Voir, A. LUCAS, « Le droit de l'informatique », éditions Thémis, 1987, page 89, n° 81.

⁵²⁵ Christian GAVALDA, « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », Dalloz 1978, chronique, page 197, n° 28.

⁵²⁶ Voir supra n° 141 et 148.

⁵²⁷ Il est évident qu'en l'espèce l'analyse ne vaut que si l'établissement de crédit en question a pour client le demandeur de crédit.

de nombreuses informations sur ses clients. De ce fait, il pourrait très facilement faire apparaître à l'écran de son ordinateur l'état des finances passées et présentes du demandeur de crédit, et par voie de conséquence apprécier sa dignité de crédit (A). Cependant, sous cette présentation, il ne lui serait pas aisé de faire rapidement la synthèse de toutes les écritures du compte. Or, depuis quelques années, la pratique bancaire a développé des traitements informatiques permettant une gestion quotidienne des activités bancaires (B). La segmentation comportementale et les zones dites de « blocs-notes » en représentent de brillantes illustrations. S'il est exact que ces techniques ont surtout été créées dans un but commercial (placement de produits), il n'en reste pas moins qu'elles synthétisent parfaitement le profil des clients. Restera à nous demander si de tels traitements peuvent valablement renseigner le banquier sur la dignité de crédit d'un demandeur.

A Utilisation des informations inscrites sur le compte bancaire.

201. Compte bancaire : source d'informations. Quant au premier point, à savoir la possibilité pour le banquier d'apprécier la dignité des demandeurs de crédit par rapport aux éléments inscrits dans le compte client, il faut admettre qu'il dispose là d'un gisement important d'informations. En effet, les traitements relatifs à la tenue des comptes recèlent nombre d'informations qui touchent à la sphère de la vie privée. Ainsi, il ne serait pas difficile au banquier de savoir si le client rembourse un crédit délivré par un confrère. De même, pourrait-il connaître la destination et le montant de dépenses, les revenus perçus d'un employeur, des organismes sociaux ou autres. L'étude du compte lui permettrait de savoir avec une extrême précision l'état d'endettement du titulaire, les loisirs etc. La question qui se pose alors est de savoir jusqu'où le banquier peut aller dans l'analyse d'informations personnelles ? Pour trancher, il faut se référer à la délibération de la CNIL du 8 juillet 1990 dite « norme simplifiée n° 12 » relative aux traitements de tenue des comptes clients⁵²⁸, et notamment au principe de finalité et de collecte qu'elle édicte. En effet, selon cette délibération les finalités énoncées n'intègrent pas la possibilité d'évaluation de la dignité ou de la solvabilité d'un client demandeur de crédit. En tant que tel, le banquier dispensateur de crédit ne pourrait, *a priori*, utiliser la marche du compte comme un élément d'appréciation du risque. Pourtant, on doit considérer, au regard des informations qui y sont contenues, que le banquier dispensateur trouverait là de précieux renseignements. Ainsi, selon la « norme simplifiée n° 12 », le banquier peut récolter les informations relatives à l'identité telles que nom, adresse, nationalité, pays de résidence etc. ; à la situation familiale : situation matrimoniale (régime matrimonial, veuf, divorcé, concubin etc.) ; à la vie professionnelle telles que catégorie socioprofessionnelle ; aux caractéristiques de la tenue du compte telles que type de compte, activité du compte et incidents (actif, fermé, bloqué), litige, contentieux etc. ; sûretés réelles et personnelles ; niveau de revenus lorsqu'ils sont domiciliés ; le solde et mouvements des comptes ; impayés, protêts et paiements partiels, leurs motifs, cotation Banque de France ; pour les cartes de crédit ou de paiement, incidents s'y rattachant tels que rejets aux commerçants ; informations en rapport avec la justice se rapportant au fonctionnement des comptes

528 Délibération de la CNIL n° 80-22 du 8 juillet 1990 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la tenue des comptes de la clientèle et le traitement des informations s'y rattachant par les établissements bancaires et assimilés.

résultant d'une décision de justice, interdiction d'émettre des chèques (bancaire, judiciaire et violation de ces interdictions) etc⁵²⁹. Bien entendu, lorsque la banque a récolté ces informations, elle doit respecter les principes de la loi de 1978, notamment son article 27 qui impose l'information de la personne auprès de laquelle elles sont recueillies. On le voit, les comptes bancaires du client peuvent permettre de révéler, dans une certaine mesure, la dignité du client, son honorabilité. A n'en pas douter, le compte bancaire constitue une source d'informations précieuse. Et ce, d'autant plus qu'elle permet rapidement d'appréhender la situation économique ou le niveau d'endettement du client. Ce type d'informations synthétiques, à l'image de la cotation de la Banque de France, est très apprécié des dispensateurs de crédit, soucieux de répondre le plus rapidement possible pour assurer leur efficacité et par voie de conséquence leur rentabilité. Cependant, la norme simplifiée n° 12 ne prévoit pas expressément la possibilité d'utiliser ces données dans le cadre d'une demande de crédit. Est-ce à dire pour autant que le banquier doit se priver irrémédiablement de cette corne d'abondance ? Il nous faut apporter une réponse négative à cette question. Mais le banquier devra pour cela passer par la procédure de déclaration ordinaire⁵³⁰, car adjoignant une finalité au traitement, il sort du cadre des règles édictées par la norme simplifiée. Ce qu'il ne manquerait très probablement pas de faire, car nous voyons mal, en pratique, un banquier se priver de cette source d'information qui pourrait lui être d'une aide fondamentale pour sa prise de décision. Cette source d'information est d'autant plus importante pour le dispensateur de crédit que la durée de conservation prévue par la « norme simplifiée n° 12 » a été fixée à dix ans⁵³¹. Relevons néanmoins que ce délai court non pas du jour du premier enregistrement des informations, mais du jour de la clôture du compte. C'est dire que le banquier disposera d'une source quasi-permanente, puisque bien souvent le client reste fidèle à sa banque d'origine. Dans un même ordre d'idées, il sera impossible au banquier d'utiliser les ressources en informations du compte pour établir des profils de comportement sans passer par la déclaration ordinaire.

B Le traitement des informations issues du compte.

202. Les dangers de la segmentation comportementale. Sur cette catégorie de fichier, la CNIL a dû intervenir pour garantir la protection des droits des clients, notamment pour garantir le respect de la vie privée. Il est vrai que cette variété de traitement est très gourmande en informations. Pour définir rapidement le traitement on peut dire qu'il s'agit là d'une technique qui « permet, grâce à l'informatique et aux calculs de probabilité, d'établir le profil de clients, lesquelles sont ensuite réparties en diverses classes homogènes que l'on nomme segments »⁵³². Dès lors, pour établir ces profils qui tendent à devenir une pratique systématique, les établissements de crédit ont recours aux informations traitées pour la gestion des comptes et des moyens de paiement (nature et

529 Voir, pour les autres informations, *ibidem*.

530 Voir *supra* n° 139.

531 En somme, cela signifie que les informations ne doivent pas être conservées au-delà d'une durée de dix ans, qui, conformément aux articles L. 123-22 et L. 110-4 du Code du commerce, est la durée de prescription des opérations commerciales.

solde moyen du compte, fréquence d'utilisation des cartes bancaires etc.). Selon l'avis de la CNIL⁵³³, aucune disposition de la loi du 6 janvier 1978 n'interdit à une banque d'utiliser des moyens informatiques pour procéder à une classification de ses clients. Néanmoins, la question est de savoir jusqu'où peut aller l'établissement de crédit dans l'analyse des informations personnelles pour établir le profil du client. Il est manifeste que le banquier se trouve, de fait, dépositaire de nombreuses données touchant à la vie privée du client⁵³⁴. Nous avons déjà signalé qu'une analyse attentive du compte peut permettre la connaissance de nombreux éléments relevant de la vie privée du client, tels que loisirs, tendances politiques ou religieuses, endettement ou crédit chez un concurrent, tout cela grâce à l'enregistrement des destinataires des paiements, soit par chèque en relevant l'ordre, soit par carte bancaire. Ainsi, la gestion patrimoniale d'un compte peut conduire à des croisements de l'ensemble des informations tenant à la vie privée, afin d'établir le profil socio-économique ou même psychologique du client. C'est pourquoi la CNIL est intervenue dans sa délibération du 6 avril 1993 afin de préciser que la banque ne peut pas utiliser toutes les données dont elle dispose, notamment celles relatives à la vie privée des clients, ou celles qui sont totalement étrangères aux activités bancaires.

203. Les garanties apportées au fiché. Etaient à ce titre tout particulièrement visées les informations pouvant être déduites de la nature ou des bénéficiaires des transactions, et qui peuvent faire partie des données dites sensibles. Seules seront exploitables les informations relatives à l'activité bancaire, c'est-à-dire celles se rapportant au fonctionnement du compte tels que solde du compte, mouvements du compte, incidents sur compte etc.⁵³⁵ La CNIL a également rappelé, dans cette délibération, l'obligation pour les établissements de crédit recourant à ce type de traitement de respecter les principes édictés par la loi de 1978 et, notamment, les principes d'adéquation, de pertinence et de légitimité des collectes d'informations par rapport à la finalité poursuivie⁵³⁶. Reste à savoir, une fois le client classé dans un segment, si ce dernier peut être révélateur d'une quelconque dignité de crédit.

532 Définition apportée par la CNIL par référence à sa délibération n° 93 - 032 du 6 avril 1993, voir sur ce point, 19^{ème} rapport de la CNIL pour l'année 1998, page 115 et suivantes ; « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité, page 105.

533 Voir, 19^{ème} rapport, précité, page 116 et considérants n° 4 de la délibération du 6 avril 1993 selon laquelle : « si l'on ne saurait faire grief à une entreprise de chercher à caractériser sa clientèle et de procéder à des tris en fonction de variables pertinentes pour orienter sa stratégie et son action commerciale, la segmentation comportementale doit toutefois tenir compte de certains des aspects des dispositions de la loi du 6 janvier 1978...".

534 El Hadi Chaïbaïnou, « L'informatisation de la banque : aspects juridico-informatiques », éditions Dar al Youstr, 1987, page 314, n° 434.

535 Selon une enquête de « UFC-Que Choisi », ces principes sont loin d'être respectés, voir cette revue, n° 326, avril 1996, page 14 et suivantes, notamment page 16 sur les dérives possibles concernant les informations personnelles.

536 Voir 8^{ème} considérant de la délibération. Ainsi à titre d'exemple, la collecte d'informations concernant un crédit chez un concurrent s'apparenterait à une collecte déloyale et illicite des données nominatives, voir sur ce point, *ibidem*, page 16.

204. Pertinence de la technique. Sans entrer dans les détails de la technique mathématique, ce qui dépasserait le cadre de notre sujet, on peut relever qu'il existe une grande diversité de ces segments, qui varient d'ailleurs d'une banque à l'autre, ce qui rend leur recensement difficile. Celui-ci est d'autant plus malaisé à établir qu'il n'existe pas de critère homogène de classement dans un segment⁵³⁷. Chaque établissement de crédit procédant différemment, selon ses objectifs stratégiques ou de rentabilité. Néanmoins, les segments peuvent être classés selon trois grandes familles⁵³⁸, qu'on pourrait qualifier de « favoris », de « surveillés », et de « malaisés ». Ces derniers étant également composés de sous-familles variant d'un établissement de crédit à l'autre selon le degré d'affinement de la segmentation. Ainsi, à titre d'exemple, chez certaines banques seront classés dans les favoris, les « financiers » aux revenus élevés⁵³⁹, les « accomplis » aux revenus moyens, les « dynamiques » qui regroupent les clients très aisés au patrimoine croissant etc. Dans d'autres établissements ce sera les « financiers » et les « épargnants », tandis qu'un troisième parlera de « financiers » et « d'accomplis ». Mais quelle que soit la banque, dans cette catégorie figurent les clients aux revenus les plus élevés, aux comptes les plus garnis et au patrimoine le plus élevé dans laquelle on retrouve généralement les chefs d'entreprises, les professions libérales tels que les chirurgiens-dentistes, vétérinaires etc. La catégorie des « surveillés » regroupe, elle, les artisans, commerçants, médecins, avocats... Et qui sont également classés en sous-segments pouvant aller des « prometteurs », aux « sereins », aux « modernes », aux « consommateurs »... mais qui ont une épargne relativement importante (de 7.600 euros à 15.000 euros), et des revenus mensuels au-dessus de 1500 euros. Enfin, on trouve les « malaisés » aux revenus les plus faibles, à l'épargne faible, voire inexistante, qui peuvent être classés en des sous-catégories comme les « stables », les « optimistes », les « discrets », les « timides », les « distants »... suivant les banques⁵⁴⁰. L'établissement de cette segmentation a naturellement pour fonction première de mieux cibler la clientèle à prospector et d'établir des offres commerciales. Néanmoins, aujourd'hui, cette segmentation est devenue plus que cela, puisqu'elle sert également à la gestion interne du personnel, les agents étant spécialisés par segment. Mais surtout, pour ce qui est de notre sujet, l'étude de la dignité de crédit, la segmentation voit son rôle s'accroître. En effet, celle-ci est parfois intégrée dans le calcul automatique du risque lors de demande de prêt. C'est donc devenu une source d'informations permettant l'étude de la dignité de crédit. Bien mieux, c'est devenu un critère d'évaluation de la dignité de crédit. En pratique le client classé comme « favori » verra ses chances d'acceptation de prêt augmentés par rapport au « surveillé ». En revanche, un client classé « flash »⁵⁴¹, c'est-à-dire au potentiel commercial limité et

537 Il est cependant vrai que de l'avis d'un syndicaliste de la Caisse d'Épargne de Bretagne : « le risque existe que l'on se mette à suivre le modèle des autres banques en se focalisant sur le problème de la rentabilité des clients », *ibidem*, page 21.

538 *Ibidem*, page 18 et suivantes.

539 Revenus pouvant aller selon les banques de 15 000 euros à plus de 76.000 euros.

540 Pour une étude complète, voir *ibidem*.

aux besoins simples, se verra refuser toute possibilité de découvert supérieur au plafond autorisé. De même, le client classé « cigale », caractérisé par un endettement fréquent et au-dessus de ses ressources, aura beaucoup plus de difficultés à obtenir un crédit soit par prêt, soit par découvert bancaire. La segmentation constitue donc une source d'informations privilégiée pour le dispensateur de crédit qui trouvera là un élément caractéristique de la dignité du demandeur de crédit. Outre la source d'informations que représente le compte bancaire, notamment aux fins d'établissement de la segmentation, nous pouvons également faire référence aux zones dites de « blocs-notes »⁵⁴² utilisées par les banques universelles dans lesquelles sont saisis des commentaires sur les clients.

205. Les zones de « bloc-notes ». En pratique figure dans ces zones toute une série d'informations récoltées lors d'entretiens avec le client. Ces informations peuvent aller de l'état du patrimoine de la personne jusqu'aux centres d'intérêts de celle-ci. En somme, tout ce qui pourrait intéresser la banque en vue du placement de produits bancaires. Face à cette pratique quasi systématique des banques, la CNIL a dû intervenir afin d'empêcher les dérives possibles de ces commentaires. Suite à une plainte de personnes qui s'étaient vues qualifiées de « personne très timide », et de « menteur », par un établissement de crédit, la CNIL a adressé un avertissement⁵⁴³ à ce dernier et a attiré l'attention de l'ensemble des organismes qui utilisent des « blocs-notes » dans leur traitement informatique, sur la nécessité de respecter des règles minimales de protection des données personnelles. A ce titre, elle a rappelé que les informations inscrites dans ces zones doivent être pertinentes, adéquates et non excessives au regard de la finalité du traitement pour lesquelles elles sont collectées⁵⁴⁴. Ces informations doivent être objectives et ne sauraient donc résulter d'un jugement de valeur ou d'une appréciation de comportement des personnes. Au regard de ces derniers termes, ces zones de textes ne doivent contenir que des informations objectives, et expurgées d'annotations subjectives telles que « timide » ou « menteur », mentions susceptibles de porter atteinte à la réputation et à l'honneur des clients. De même, ne devraient figurer, dans ce type de traitement, que des informations relatives à la personne elle-même et non celles se rapportant à ses proches. En effet, les banques souhaitent de plus en plus connaître le client au travers son foyer, au sens le plus large, c'est-à-dire en fonction du potentiel financier de tous les membres de sa famille, et ce afin de mieux apprécier le soutien financier dont il pourrait, en cas de besoin, bénéficier au titre de la solidarité familiale. Or, on touche là immanquablement au domaine de la vie privée, et la collecte de ces données doit être subordonnée à l'accord exprès des intéressés, sous peine d'être constitutif d'une

541 Ibidem , page 14 et 18.
s

542 Voir sur ce point ibidem page 16 ; 19^{ème} rapport CNIL, page 119 et suivantes.

543 Délibération n° 98 - 037 du 7 avril 1998 portant avertissement au Crédit Mutuel de Bretagne à la suite de la mission de contrôle effectuée auprès de son agence de Bain-de-Bretagne, 19e rapport CNIL, précité, pages 120 à 123.

544 La commission avait relevé dans ces blocs-notes, la présence d'un nombre significatif de mentions dépourvues de lien avec la finalité du traitement informatique, ainsi que des informations dénuées de toute pertinence, voire des données portant atteinte à l'intimité de la vie privée des clients ou de leurs proches.

collecte déloyale, frauduleuse ou illicite ⁵⁴⁵. La CNIL s'est d'ailleurs prononcée dans ce sens en estimant que : « la collecte de données relatives aux personnes partageant le logement d'un client ou même aux personnes de sa famille ascendant/collatéraux, touche directement à la vie privée des personnes concernées et doit être subordonnée à l'accord formel des intéressés » ⁵⁴⁶. La CNIL semble opposée à ce que les banques réinventent, pour des raisons de pure gestion et à l'insu des personnes concernées, la famille élargie ⁵⁴⁷. Pourtant, en pratique, nous voyons mal comment l'établissement de crédit pourrait faire abstraction de ces éléments. Ainsi, on avoue dans certaines banques que l'exploitant a la possibilité de corriger la note d'un client, que ce soit parce qu'il a eu connaissance d'une information justifiant le repositionnement de son client ou tout simplement pour un impératif commercial, par exemple : fils d'un très bon client ⁵⁴⁸.

206. Conclusion : la protection des droits de l'individu par une meilleure information. Analyse poussée du compte, utilisation de la segmentation, blocs-notes, tout contribue à l'information du banquier, tout contribue à saisir la dignité du demandeur de crédit. Ces instruments de gestion de la clientèle peuvent donc constituer des sources valables d'informations du banquier, à condition, bien entendu, que les principes déjà vus de la loi informatique et libertés soient scrupuleusement respectés ⁵⁴⁹. Et notamment son article 1^{er}, qui prévoit que l'informatique ne doit pas porter atteinte à la vie privée. En effet, on conçoit les risques qui peuvent se réaliser par une utilisation et une collecte abusive de données inscrites en compte. A reprendre les paroles d'un conseiller de clientèle, ⁵⁵⁰ « on peut tout faire ou presque » en analysant les opérations sur carte de paiement. Ainsi nous dit-il, « on s'est rendu compte que les abonnés à Canal + connaissent plus d'impayés que la moyenne... ». Partant, pourquoi ne pas refuser un prêt à cette catégorie de clientèle, ou introduire une note négative dans le score de ce fait ? De même, pourquoi ne pas refuser un crédit à un client fréquentant des bars homosexuels et supposé à risque ? L'état des questions démontre que les risques d'atteinte à l'intimité de la vie privée et les risques de discriminations sont trop réels pour ne pas imposer des limites à la collecte des données. Si ces traitements peuvent avoir légitimement ⁵⁵¹ pour finalité l'analyse du risque c'est évidemment sous la condition du respect des principes édictés par la loi de 1978, notamment par la voie d'adoption de codes de bonne conduite en matière de protection des données. Ainsi, de l'opinion de la

545 Article 25 de la loi du 6 janvier 1978 précitée, voir supra n° 148.

546 Voir 19^{ème} rapport CNIL, page 118.

547 Ibidem .

548 « UFC-Que Choisir », précité, page 20.

549 Principes liés à la collecte et à l'enregistrement des données (article 25), principe de pertinence et d'adéquation, principe de finalité du traitement, principe lié à la durée de conservation, principe lié au droit d'accès et de rectification...

550 « UFC-Que Choisir », précité, page 16.

551 Si cette finalité a été préalablement déclarée conformément à l'article 16 de la loi du 6 janvier 1978.

CNIL, « une meilleure information des personnes sur leurs droits, qui conduirait notamment à un meilleur exercice du droit d'accès, pourrait éviter bien des quiproquos et des malentendus, au plus grand bénéfice de la relation de clientèle et d'un développement bien compris des nouvelles technologies au service de la gestion bancaire »⁵⁵². Néanmoins si les fichiers internes des banques constituent pour eux une source d'informations privilégiée, d'autres voies existent, et peuvent confirmer ou compléter l'information déjà détenue en interne. L'étude des sources d'informations externes devrait apporter cette confirmation ou ce complément aux établissements de crédit. Ces sources sont notamment très utilisées par les sociétés de crédit spécialisées et les agences de notation qui ne possèdent pas l'outil d'analyse du risque que représente le compte bancaire, et même par les banques dites universelles lorsqu'elles doivent étudier la dignité de crédit d'un professionnel ou d'un particulier qui n'est pas client de la banque.

SECTION 2 Les sources externes.

207. Plan. Le dispensateur de crédit ou l'agence de notation qui souhaite se renseigner sur la solvabilité du client ne peut se satisfaire de ces seules sources d'informations. Il devra, de ce fait, diversifier les points de collecte d'informations afin d'établir un panel d'informations le plus étendu possible. A ce titre, l'information à recueillir auprès des tiers (II) apparaîtra comme primordiale, tout spécialement lorsqu'il s'agira d'étudier la dignité de crédit du demandeur professionnel. En effet, la consultation des fournisseurs de l'entreprise permettra d'obtenir certaines informations sur la qualité de paiement du client. De même que le contact téléphonique avec le confrère teneur de compte, ou, pour les entreprises nouvelles, pourquoi pas, l'appel aux sociétés dites de renseignements commerciaux. Ce sont donc là des éléments d'informations qui ne peuvent être négligés par le banquier ou par l'agence de notation. Néanmoins, si intéressante soit cette information, elle ne peut suffire à forger une opinion globale et complète du sujet. Ces sources d'informations devront donc être précisées et confirmées par référence aux propos du client lui-même (I). Cette dernière source est, à n'en pas douter, la plus sûre et la plus exhaustive qui soit, à condition bien évidemment que soient respectés certains principes, notamment de loyauté et de transparence dans la transmission de l'information. C'est d'ailleurs par cette dernière source que nous entamerons notre seconde section.

I Le client et la transparence nécessaire.

208. Problématique. Avant même d'aborder la nature et la pertinence de l'information qui peut être trouvée chez le client (B), il convient au préalable de s'attarder sur la question du fondement de la récolte de l'information (A). En d'autres termes, il s'agira pour nous de savoir si le banquier ou même l'agence de notation peut prétendre à un quelconque droit

⁵⁵² Dix-neuvième rapport CNIL, précité, page 119. Ces propos sont confirmés par certaines initiatives à l'intérieur des banques. En effet, la Caisse d'Épargne d'île de France réfléchit à l'établissement d'une charte informatique et libertés qui garantirait les droits élémentaires des clients. Ainsi, le projet prévoit d'interdire « tout traitement informatisé des relevés des dépenses par carte bancaire qui aurait pour objectif d'établir des profils types de clientèle ». Voir sur ce point, le magazine « UFC-Que Choisir », précité, page 17.

à être informé ? La question n'est pas sans intérêt notamment pour le dispensateur de crédit, car il paraît légitime, de son point de vue, qu'il puisse obtenir les informations nécessaires à une prise de décision éclairée et à moindre risque. Néanmoins, sans aller jusqu'à consacrer un droit à l'information pour le banquier ou l'agence de notation, d'autres principes ne pourraient-ils pas servir de fondement à la transmission de l'information ? Nous pensons ici aux principes de loyauté dans les affaires et de bonne foi dans la formation du contrat.

A Les fondements du droit à l'information : le principe de transparence.

209. Inexistence d'un droit à l'information. Le banquier ou l'agence de notation ne peut pas exiger de l'emprunteur qu'il lui fournisse les renseignements qu'il souhaiterait⁵⁵³. On peut dire à ce titre qu'il n'existe pas de droit à l'information pour ces protagonistes. En effet, le droit commun est celui de la libre communication⁵⁵⁴ des informations par son détenteur, ici l'emprunteur. On aurait pu en douter suite à un arrêt rendu par la chambre commerciale⁵⁵⁵ qui est venue parler de « droit d'information sur la situation de la société ». Ainsi, a-t-elle admis « qu'en se faisant remettre par la société débitrice les factures et les effets de commerce qu'elle détenait à l'encontre de ses clients et en se renseignant auprès de l'un de ceux-ci... sur le montant de sa créance, la banque n'avait fait qu'exercer son droit à l'information ». On peut dire qu'en l'espèce la formule est mal choisie. En effet, celle-ci prête à confusion dans le sens où elle laisse entendre que le banquier a un droit sur l'information de la société, ce qui est inexact puisque seul l'emprunteur est maître des informations qu'il détient sans que quiconque puisse le contraindre à révéler ces informations. Or, si le banquier avait un droit à l'information détenue par l'entreprise, force est d'admettre qu'il pourrait exiger de cette dernière qu'elle lui fournisse ces informations, ce qu'aucun texte, ni décision de justice ne sont jusqu'à présent venus consacrer. Ce qui est seulement consacré c'est l'obligation pour le banquier de s'informer sur la situation de l'entreprise emprunteuse, mais nullement un droit d'obtenir l'information du client ou même d'un tiers. D'ailleurs selon l'expression du Professeur Thierry Bonneau, « s'informer est donc un devoir pour le banquier, plus qu'un droit »⁵⁵⁶. Ou du moins, s'il a le droit d'être informé et de s'informer, il ne peut jamais contraindre le client ou ses partenaires à lui fournir les informations qu'il demande. En somme, ce que le banquier ou même l'agence de notation aura le droit de faire, c'est de rechercher l'information là où elle se trouve, ce qu'a semble-t-il voulu consacrer la chambre commerciale, mais sans jamais pouvoir exiger l'information⁵⁵⁷. Ainsi, si le banquier ou l'agence de notation ne peut exiger l'information, seule une logique de

553 Dans ce sens, Jean-Louis RIVES-LANGE, « Droit bancaire », précis Dalloz, page 425.

554 Voir, Pierre CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », Dalloz, chronique, page 102 ; voir également du même auteur, « Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina », P.U.F., 1998, page 239.

555 Cassation commerciale, 31 mai 1994, Bulletin Joly, août - septembre/94, page 967 et suivantes, note Thierry BONNEAU ; Revue des sociétés, juillet - septembre/95, page 496, note Jean STOUFFLET.

556 Thierry BONNEAU, précité, page 970, n°5.

transparence et de loyauté pourra assurer la transmission de l'information entre les protagonistes dans des conditions satisfaisantes.

1° Définition du terme.

210. Définition littérale. La transparence serait la « qualité d'un corps qui laisse passer la lumière » ou la « qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer ». La transparence serait donc synonyme de vérité, de clarté, de réalité, par opposition à l'opacité, au mensonge ou au secret⁵⁵⁸. On entrevoit déjà la signification que pourrait avoir ce terme en matière d'information. Ainsi, la transparence appliquée à l'information permettra de connaître la réalité tout entière, l'information tout entière, elle permettra la vérité des situations, de l'information. En somme, exiger une transparence de l'information devrait permettre de tout connaître de l'entreprise ou du client. Mais comme l'a rappelé un auteur⁵⁵⁹, « s'il est aisé d'opposer en termes vagues et généraux les notions de secret et de transparence, il est moins facile d'en donner une définition juridique précise tant elles sont d'applications diverses, est sujette aux nuances ». Nous essaierons néanmoins de contribuer à l'élaboration de cette définition.

211. Définition juridique. Selon le Professeur J. HUET, « dans une première approche, on serait tenté de dire... que l'état de transparence est celui dans lequel existe une obligation de communiquer à autrui l'information »⁵⁶⁰. Comme l'affirme cet auteur en employant le conditionnel, cette définition n'est qu'une première approche. Mais elle nous semble, de surcroît, poser quelques difficultés. En effet, il peut exister une transparence sans obligation de délivrer l'information. Le terme obligation est ici mal choisi, car il révèle un aspect contraignant, qui n'est pas forcément en accord avec le terme transparence. En effet, il peut exister une transparence volontaire et unilatérale sans qu'il y ait eu besoin de passer par une quelconque coercition. Il est certain que la transparence peut être forcée par la loi⁵⁶¹ ou les conventions des parties⁵⁶², mais la notion est plus large et ne se confond pas, selon nous, avec l'aspect obligation sanctionnée juridiquement. En effet, la transparence peut trouver son origine dans un rapport de confiance entre les protagonistes. Ainsi, le détenteur de l'information consentirait à fournir celle-ci sans y être

557 Sauf hypothèse où il existe une convention entre le banquier et le client qui met à la charge de ce dernier une obligation d'information. Voir sur ce thème, Yves Chaput, « Les sûretés négatives », annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1974, page 167 et suivantes ; Jean-Jacques BERTHET, « Les difficultés d'information du banquier », thèse, clermont-Ferrand, 1986, page 172.

558 Voir sur ce terme, Jean-Denis Bredin, « Remarques sur la transparence », colloque de Deauville, « La transparence », du 19 et 20 juin 1993, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1993, n° 11, page 175 et suivantes.

559 J. Huet, « Le secret commercial et la transparence de l'information », Petites Affiches, 15 février 1988, n° 20, page 11.

560 Ibidem.

561 La publicité légale par exemple ou la loi informatique et libertés qui comporte le droit d'accès et de communication.

562 Les sûretés négatives par exemple.

contraint juridiquement. Certes, il y a transmission de l'information, mais celle-ci ne repose pas forcément sur une obligation, mais peut résulter d'une volonté libre, d'un rapport de confiance, de loyauté, ou de bonne foi dans les relations d'affaires. C'est pourquoi nous ne restreindrons pas la définition de la transparence à une simple « obligation pesant sur le détenteur ». La transparence pourrait aussi bien résulter d'une situation de fait, le rapport de confiance, par laquelle les protagonistes consentiraient librement, sans y être juridiquement obligés, à fournir une information. Dans cet ordre d'idées, l'état de transparence serait celui dans lequel, une personne, serait obligée juridiquement ou s'obligerait moralement, à communiquer à autrui l'information qu'elle détient. D'après la définition qui vient d'être posée, deux moyens permettent la réalisation de la transparence : soit une obligation imposée au débiteur de l'information, soit au contraire une volonté libre du débiteur de mettre à la disposition d'autrui l'information souhaitée. D'ailleurs, selon nous, la transparence prend tout son sens surtout dans cette dernière hypothèse. En effet, lorsqu'elle est imposée on aurait plutôt tendance à parler d'obligation d'information. Tandis qu'à défaut de dispositions légales ou contractuelles précises, la transparence prend toute sa dimension car elle est issue d'une volonté libre, d'un acte volontaire. Quoi qu'il en soit et d'après la définition même de la notion, on peut s'apercevoir que celle-ci possède deux sens diamétralement opposés. En effet, dans une première acception la transparence s'exprime lorsqu'un individu, sur lequel des informations sont détenues, souhaite obtenir communication de celles-ci. Or, lui fournir cette information est sans nul doute une forme de transparence qui consiste à lui révéler tout ce qu'on détient sur lui. L'individu « demande, en quelque sorte, à se reconnaître dans le miroir qu'on lui présente »⁵⁶³. A l'égard de cet individu, le tiers détenteur adopte un comportement de transparence. Ainsi, dans le cadre de notre sujet il s'agira pour le banquier de révéler les informations qu'il détient sur lui, voire les méthodes qu'il emploie pour l'apprécier (*scoring...*). Ce premier aspect sera étudié dans notre seconde partie, car il s'agit, pour l'instant, de nous attacher aux sources d'informations du banquier ou de l'agence de notation. C'est donc l'autre forme de transparence qui nous intéressera ici, celle qui est justement l'inverse de la première⁵⁶⁴. Sous cette seconde forme les tiers ne savent pas ce qu'ils aimeraient savoir de la personne ; « la transparence qu'ils revendiquent n'est pas un miroir, c'est une glace sans tain, c'est la vitre, c'est le regard du tiers qui dénude son objet »⁵⁶⁵. Cette transparence, c'est le banquier⁵⁶⁶ qui la revendiquera envers le demandeur de crédit, qu'il soit chef d'entreprise ou simple particulier. En effet, il a été souligné, que le banquier n'est jamais en droit de revendiquer, d'exiger la communication de tous les renseignements détenus par le demandeur de crédit. Ainsi, ce dernier peut légitimement retenir un certain nombre d'informations, dont la

563 Pierre CATALA, conclusion au colloque, « L'information légale dans les affaires. Quels enjeux ? Quelles évolutions ? », précité, page 448.

564 Voir, Jean-Louis GUILLOT: « Transparence et banque », Revue de Jurisprudence Commerciale, 1993, page 161.

565 Ibidem .

566 L'agence de notation est bien évidemment en droit de revendiquer la même transparence, et ce pour assurer une notation la plus exacte possible dans le cadre de la mission qui lui est confiée par le marché.

divulgaration serait contraire à son intérêt immédiat : l'obtention du crédit. On comprend alors qu'une transparence totale permettrait au banquier de mieux apprécier son risque puisqu'il serait mieux informé. Mais, si le banquier ne peut exiger l'information, il ne peut non plus exiger la transparence. Celle-ci, à défaut d'être imposée (à l'inverse de l'information légale, mais sur cette forme de transparence le banquier n'a pas besoin d'avoir recours au client) ne peut reposer que sur le bon vouloir du demandeur de crédit. Reste à déterminer sur quels préceptes reposera cette transparence.

2° Les fondements de la transparence.

212. Problématique. La transparence ne se décrète pas, mais s'instaure entre les parties lorsque des relations de confiance, de loyauté ou de bonne foi existent entre elles. Nul doute que cette transparence est nécessaire pour l'établissement de crédit ou l'agence de notation. En effet, l'emprunteur possède une information privée sur son propre risque de défaillance que le prêteur ou le notateur se trouve dans l'incapacité de connaître avec précision. Or, sans relation de transparence il existera toujours cette asymétrie d'information entre les deux parties. Il appartient donc aux parties d'effacer ou de réduire cette asymétrie. C'est dire que la transparence est susceptible de degré plus ou moins élevé selon l'état des rapports entre les parties. De même qu'ils leur appartiendront d'établir une transparence loyale. En effet, il ne faudrait pas que sous couvert de transparence non imposée, l'emprunteur fournisse des informations erronées ou dissimule des informations. On le comprend, on aurait ici tout l'inverse d'une transparence. Celle-ci suppose donc la bonne foi de l'emprunteur. Mais, la notion de transparence, le siège de la transparence, n'est pas aisé à déterminer. Est-ce parce qu'il existera un rapport de confiance que la transparence naîtra ? Est-ce le devoir de loyauté qui fera naître cette transparence ? En d'autres termes la loyauté suppose-t-elle la transparence ? La bonne foi n'implique-t-elle pas, elle aussi, une transparence ? Pourrait-on dire que la transparence se trouve à la croisée de ces chemins ? Autrement dit, il n'y aurait pas de transparence sans confiance, il n'y aurait pas de transparence sans loyauté et sans bonne foi. Il convient de répondre dès à présent à ce postulat de départ, notamment au travers l'étude de ces notions.

213. Confiance et transparence. La transparence, lorsqu'elle est un acte volontaire, nécessite la confiance. Sans confiance entre les parties il ne peut exister de transparence constructive. Or, la confiance peut se définir, « comme l'état d'une personne ou d'une institution, fondé sur des éléments affectifs, intuitifs ou sur un ensemble d'informations qui, face à un objet, un mécanisme, un groupe ou une institution, permettent d'apprécier la probabilité d'une réaction ou d'un comportement dans telle ou telle situation »⁵⁶⁷. Au regard de cette définition on s'aperçoit que l'information contribue à forger la confiance. L'établissement de crédit aura d'autant plus confiance en l'emprunteur que celui-ci lui fournira les informations nécessaires à l'étude de cette dignité, en un mot si l'emprunteur adopte une attitude de transparence. Dans cette optique nous remarquerons que la transparence permet la confiance et non pas l'inverse. En effet, nous n'avons envisagé ici qu'une facette de la confiance, celle que l'établissement de crédit accorde au demandeur

567 Thierry SESSINS, « Globalisation financière et confiance », rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 471.

de crédit. Mais, ce dernier sera d'autant plus disposé à révéler l'information, qu'il aura confiance en l'établissement de crédit. Dans ce dernier schéma c'est bien la confiance qui impliquera l'attitude de transparence. Or, du point de vue de l'emprunteur, la confiance suppose des relations bilatérales et confidentielles. En effet, l'emprunteur sera d'autant plus disposé à fournir des informations (secrètes) qu'il sera sûr qu'elles seront entourées du sceau de la confidentialité. Or, on sait, qu'à cet égard, l'établissement de crédit est tenu au secret professionnel ⁵⁶⁸. Ce dernier sera donc un élément favorable à la transparence. Mais, même s'il est un élément essentiel de la relation de confiance, le secret ne peut suffire, à lui seul, à l'établir. En effet, la confiance ne se décrète pas du jour au lendemain mais s'instaure et se cultive dans le temps, lorsque l'entreprise ou même le particulier accepte de se prêter à l'exercice et permet à ses interlocuteurs bancaires de se familiariser avec sa stratégie, ses techniques, ses contraintes économiques et sociales. Cet état permettra à l'établissement de crédit d'apprécier plus justement le risque de son partenaire. Mais cette confiance suppose également que, de son côté, l'établissement de crédit communique au « client » son opinion sur lui, le mette en garde sur certaines opérations, voire le conseille ⁵⁶⁹. On l'aura compris seule une relation prolongée permettra d'établir une confiance saine et solide. Or, si l'entreprise comprend l'intérêt d'une relation de confiance avec l'établissement de crédit, notamment afin que ce dernier l'aide à passer un cap difficile, elle n'est pas toujours prête à la plus grande transparence à son égard lors de l'entrée en relation ou à l'occasion d'une demande de crédit. C'est dire que le niveau de transparence à l'égard de la banque dépendra largement de l'ancienneté des relations. Ainsi, une entreprise ou un particulier sera d'autant plus enclin à fournir des renseignements (même secrets) sur son compte qu'il aura noué des relations avec son banquier. Si donc la confiance passe par un minimum de transparence réciproque, force est d'admettre que la transparence suppose également un minimum de confiance. Pour conclure il nous est possible d'affirmer, sans grand risque de se tromper, que les deux notions sont éminemment dépendantes l'une de l'autre, si bien qu'on ne peut parler de confiance sans transparence et, inversement, on ne peut parler de transparence sans confiance. Transparence et confiance donc, mais la transparence n'implique-t-elle pas aussi la loyauté, la bonne foi dans la relation ?

214. Transparence et loyauté. La transparence volontaire n'est-elle pas issue de la notion de loyauté entre les parties ? Autrement dit, une relation loyale entre le banquier ou l'agence de notation et le demandeur de crédit n'entraîne-t-elle pas la transparence ? En effet, un emprunteur loyal ne doit-il pas dévoiler tout ce qu'il sait de sa situation au dispensateur de crédit ? On ne peut répondre à la question sans avoir précisément défini ce que la notion de loyauté recèle.

215. Définition du terme de loyauté. Si l'on se fie au dictionnaire ⁵⁷⁰ l'homme loyal est celui « qui obéit aux lois de la probité, de la droiture », c'est celui qui est « franc,

⁵⁶⁸ Article L. 511-33 et suivants du Code monétaire et financier.

⁵⁶⁹ « La confiance suppose donc un savoir commun minimum, qui même limité et fragmentaire, permet de nouer et de maintenir la confiance », Thierry SESSINS, précité, page 471.

⁵⁷⁰ Dictionnaire Larousse élémentaire.

sincère » . De même que celui qui agit loyalement est l'homme de « bonne foi » . Pour certains, la loyauté serait l'émergence moderne d'une idée ancienne, celle de bonne foi⁵⁷¹ . Cette dernière peut être définie comme « une règle de conduite qui exige des sujets de droits une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »⁵⁷² . Ce ne serait qu'après un arrêt de la Cour de cassation⁵⁷³ qu'on serait passé de la bonne foi à la loyauté. Pour d'autres⁵⁷⁴ , au contraire, bonne foi et loyauté ne seraient pas totalement assimilables. Il y aurait même une « différence fondamentale » entre ces deux notions qui s'opposeraient au travers deux visions de la matière des obligations. Dans la première vision, le contrat serait considéré exclusivement en tant que relation créancier/débiteur et l'obligation de bonne foi serait alors appréhendée du côté de chacun des contractants individuellement considérés. Dans la seconde vision, on insisterait davantage sur un concept global des ensembles, c'est-à-dire des contrats envisagés comme phénomène de masse. Ainsi, le devoir de loyauté se détacherait de la considération et de l'analyse de tel ou tel contrat individuellement considéré. En somme, le devoir de loyauté dépasserait la seule matière des obligations. Enfin, selon un troisième auteur⁵⁷⁵ , la loyauté engloberait la bonne foi mais s'en distinguerait également. Selon ce dernier, « la bonne foi est une attitude : croyance en son bon droit, croyance fondée ou non, mais croyance sincère... celui qui défend un droit dont il sait qu'il n'est pas... n'est pas loyal ». Néanmoins, d'après ce même auteur, la loyauté est plus que cela, c'est « un comportement plus qu'une attitude ». Un comportement positif (informer), un comportement négatif (s'abstenir de traîtrises, de brusqueries). Le devoir de loyauté se caractériserait au final par son but et par les moyens de les atteindre. Le but ? « Maintenir, et établir ou rétablir un équilibre, une égalité entre les interlocuteurs. Déséquilibre né ou susceptible de naître parce que l'un est mieux informé que l'autre... déséquilibre (également) susceptible de naître par l'emploi par l'un des partenaires de moyens réprouvés ou par un usage excessif de sa force ... »⁵⁷⁶ . Or, les moyens d'empêcher ces déséquilibres ne sont pas légion et d'après l'auteur, au premier chef, se trouve l'information. Au final, on peut s'accorder sur la définition à apporter à la notion de loyauté par référence à la formule du Professeur Jean-Louis Rives-Lange. Pour lui le « devoir de loyauté a pour but d'assurer l'équilibre entre les acteurs de la vie des affaires, et consiste en l'obligation d'informer l'interlocuteur et de s'abstenir d'utiliser des moyens réprouvés »⁵⁷⁷ . Nous rajouterons que ce devoir de loyauté n'est bien évidemment pas

571 Yves Neveu , « Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle », colloque du 28 octobre 1999, « Le devoir de loyauté en droit des affaires », Gazette du Palais du 03/12/2000¹, n° 338 à 340, page 6.

572 Ibidem .

573 Arrêt Vilgrain du 27 février 1996, JCP (G), 1996, n° 22665, « le cessionnaire a manqué au devoir de loyauté qui s'impose aux dirigeants d'une société à l'égard de tout associé...en ne lui révélant pas qu'il avait confié la mission de recherche... ».

574 Anne Outin-Adam , colloque du 28 octobre 1999 précité, page 36.

575 Jean-Louis RIVES-LANGE, « Le devoir de loyauté : essai d'une définition unitaire », ibidem , page 81 et suivantes.

576 Ibidem , page 82.

limité aux seules relations d'affaires mais s'applique aussi bien aux relations avec les particuliers. En effet, comme en matière de crédit aux entreprises, la loyauté est nécessaire dans le crédit au consommateur. Or, cette loyauté serait dans ce cadre davantage comprise et assise sur des valeurs morales telles que l'engagement et la promesse⁵⁷⁸. La loyauté impliquerait donc le respect de la signature donnée, celle-ci étant entendue comme la marque d'une volonté de rembourser, de tenir sa parole au regard de ses possibilités financières du moment. Ainsi, une personne qui emprunterait une somme d'argent sans avoir l'intention ou la possibilité de la rembourser adopterait une attitude déloyale car elle connaît sa situation et ne la révèle pas entièrement au dispensateur de crédit. On s'aperçoit donc que la définition du terme loyauté n'est pas chose facile et force est d'admettre que la notion comporte de multiples facettes. Mais quoi qu'il en soit, il semble bien que la loyauté aille de pair avec la transparence quant à la connaissance de la situation réelle de l'emprunteur.

216. La loyauté ou l'obligation morale de communication des informations. En effet, l'on a pu remarquer que la loyauté se mêlait étroitement avec l'information de l'interlocuteur. Ainsi, celui qui a l'avantage ou le privilège de détenir une information inconnue de son partenaire, doit prévenir celui-ci si cette information a un intérêt dans la connaissance de la situation réelle. Dans le cadre de notre sujet, il devient alors évident que le candidat emprunteur, qu'il soit professionnel ou particulier, devra fournir toute l'information nécessaire à l'établissement de crédit ou à l'agence de notation afin de leur permettre d'apprécier précisément la situation, de cerner cette dignité de crédit. La transparence devient alors, à reprendre un auteur⁵⁷⁹, « une composante du devoir de loyauté ». La loyauté répond à un besoin de transparence qui ne peut être satisfait que par une information exacte et précise. Le propos peut être illustré par le devoir de transparence qui existe aux États-Unis (*duty of disclosure*)⁵⁸⁰ qui oblige les dirigeants de sociétés à révéler tous les faits matériels à leur portée qui pourraient avoir un impact significatif sur les votes des actionnaires ou toute autre décision similaire. Il n'est pas difficile de transposer le raisonnement à notre situation. Concrètement, cela reviendrait à obliger le chef d'entreprise ou même de simples consommateurs, ou plus généralement les particuliers à dévoiler, au banquier ou à l'agence de notation pour les entreprises, toute information susceptible d'avoir un impact sur la décision finale d'octroi ou de refus de crédit ou sur la note finale à accorder à l'emprunteur. En d'autres termes, cela reviendrait en la révélation de tous les éléments pouvant avoir une influence quelconque sur l'appréciation de la dignité du candidat emprunteur. Il est vrai que c'est plutôt au banquier que l'on demande traditionnellement d'informer le client sur les risques d'un engagement par crédit, mais ne peut-on pas demander le même devoir au client, devant

577 Ibidem .

578 Dans ce sens, voir réflexion AFB, 1993, « La banque et ses clients », page 49 et suivantes.

579 François Labrunie , « Le devoir d'information du banquier et le secret professionnel », *in* colloque « Le devoir de loyauté », précité, page 22.

580 Voir J. John Riggs , « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain », *ibidem* page 65.

se traduire par une information saine et complète de sa situation ?

L'idée n'est pas nouvelle et le client, disait le Professeur Michel Vasseur,⁵⁸¹ « doit non moins savoir que sur lui pèse, comme sur tout contractant, un devoir de coopération loyale avec son banquier ». Cette coopération loyale implique nécessairement, selon nous, l'idée de transparence à l'égard du dispensateur de crédit. En effet, selon ce même auteur, « eu égard à ce devoir de coopération, le client se doit, non pas seulement de ne pas tromper son banquier, ni lui dissimuler sa véritable situation, mais il doit l'informer sur celle-ci ». On n'insistera jamais assez sur le fait qu'en matière de crédit la transparence doit être réciproque, le banquier bien évidemment devra informer son client, mais les clients devront également informer, ne pas tromper leur banquier. Tel est le prix à payer pour établir une saine relation bancaire prenant en considération non seulement l'intérêt de l'emprunteur à obtenir le crédit, mais également le souci du banquier ou du marché à évaluer correctement le risque afin de prendre la bonne décision. D'ailleurs, comme le disait déjà Demogue⁵⁸², « les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun ». C'est dire l'importance et la nécessité de la transparence dans la relation de crédit. La transparence fait partie de la loyauté et la loyauté nécessite la transparence (de l'information), la bonne foi. C'est souvent du manque de transparence que proviennent les impayés des échéances, le défaut de remboursement, car le banquier ou l'agence de notation, n'aura pas pu apprécier correctement la dignité du crédit. A reprendre la pensée du philosophe allemand HABERMAS, le mal viendrait alors du défaut de communication, du défaut de transparence entre les parties, consacrant par la même une morale de la discussion, du dialogue. Car il faut bien comprendre qu'une banque ne peut bien prêter que si elle dispose d'une information suffisante et sincère pour apprécier et limiter ses risques. On aura d'ailleurs pu remarquer dans les propos du Professeur Michel Vasseur l'aspect positif de la définition proposée par son homologue le Professeur Jean-Louis Rives-Lange, aspect caractérisé par l'obligation d'informer autrui, de même que l'aspect négatif de cette même définition, s'abstenir d'utiliser des moyens répréhensibles, qui se caractérisait par les termes « ne pas tromper son banquier », ne pas lui « dissimuler sa véritable situation ». Dans ces deux dernières séries d'expressions on peut également trouver l'expression de la bonne foi du demandeur de crédit.

217. Transparence et bonne foi. En effet, il est traditionnellement admis par la jurisprudence que le fait de fournir de fausses informations ou de dissimuler des informations caractérise la mauvaise foi⁵⁸³ du débiteur. Il y a dans cette attitude un réel

581 Michel VASSEUR, « Droit et économie bancaires : les opérations de banque », Les Cours de Droit, 4^{ème} édition, 1987-1988, fascicule 1, pages 81-83.

582 Demogue, « Traité des obligations », tome 6, n° 3.

583 Voir Revue des Procédures Collectives, 1992-1, page 4⁵ et suivantes. On remarquera également que ces faits ne sont pas les seuls qui permettraient la caractérisation de la mauvaise foi, ainsi les juges, généralement, prendront également en considération le profil du débiteur, c'est-à-dire, son expérience en matière de crédit et de gestion du budget, de même que sera pris en compte la conscience chez le débiteur de l'état de son endettement...

comportement dolosif envers le contractant banquier ou l'interlocuteur agence de notation. Il est alors bien évident qu'une personne de mauvaise foi ne peut être considérée comme loyale. On peut donc dire que la bonne foi s'inscrit dans la notion plus large de la loyauté entre les parties. Il devient alors logique de soutenir que la bonne foi, elle aussi, dépend largement d'une attitude de transparence du demandeur de crédit à l'égard du banquier ou de l'agence de notation. Ainsi, un emprunteur qui ne dissimule rien au banquier, qui informe exactement et sincèrement ce dernier sera de bonne foi, adoptera une attitude loyale. Mais l'inverse est également vrai ; un emprunteur de bonne foi, loyal, devra nécessairement adopter une politique de transparence envers son interlocuteur. Si bien qu'il devient difficile de dire quelle notion implique ou fonde l'autre. Disons simplement que transparence, bonne foi, et loyauté sont trois notions interdépendantes et que l'on ne peut apporter une définition précise à l'une d'entre elles sans employer les autres. Mais, quel que soit le fondement utilisé pour tenter d'asseoir la transparence, confiance, loyauté ou bonne foi, il apparaît une certitude : l'impossibilité d'opposer celles-ci aux partenaires hormis les cas où la loi a expressément établi une obligation de divulgation.

218. Limites à la transparence. En effet, c'est qu'il n'existe pas un droit général aux données concernant la personne d'autrui. On ne peut donc pas imposer à une entreprise de révéler au banquier ou à l'agence de notation ce qui relève du secret des affaires. De même, on ne peut imposer à un particulier de divulguer des informations relevant de la sphère de la vie privée. Or, c'est là, nous semble-t-il, l'intérêt de notions comme la transparence, la loyauté, la bonne foi ou la confiance que de permettre d'aller au-delà de ce que la loi impose. Pourtant ces notions trouvent, semble-t-il, leur limite dans le respect de ces droits élémentaires. Le secret des affaires, le respect de la vie privée constituent, selon nous, tout à la fois le point de départ de la transparence ainsi que la limite à cette transparence. La transparence paraît à cet égard gouvernée par le principe de liberté des parties dans la fourniture des renseignements relevant de ces deux sphères. Et pourtant, en matière de crédit, cette liberté semble bien théorique, notamment pour les petites entreprises, ainsi que pour les particuliers qui auront du mal à garder par-devers eux les informations personnelles étant donné le rapport de force existant avec l'établissement de crédit. En effet, bien qu'aucun texte ne l'oblige, la divulgation d'informations « secrètes » sera pratiquement inéluctable parce qu'elle forme la condition *sine qua non* de l'obtention du crédit⁵⁸⁴. On aura donc bien souvent une transparence forcée *de facto*. Ainsi, la prise en compte de cet antagonisme implique le degré de transparence possible. Le banquier ne pourra dès lors jamais exiger ce qui relève de la sphère privée du particulier ou du secret commercial de l'entreprise sous couvert de transparence. En revanche, il pourra exiger, sur ce fondement, une information complète, exacte et précise de la situation de l'emprunteur. Bien entendu, l'emprunteur pourra toujours refuser de délivrer l'information qui lui est demandée, mais le banquier se trouve de ce fait dans l'impossibilité d'apprécier le risque, et donc de satisfaire cette demande. En revanche, lorsque l'emprunteur a adopté une attitude de transparence et décide de fournir l'information, il est évident que celle-ci devra comporter les traits précités. Sans exactitude, sans sincérité ni précision, il ne peut y avoir de bonne foi, de loyauté dans le

584 En ce sens, voir P. CATALA, Dalloz 84, précité, page 102, n° 27.

rapport. La transparence nécessite donc, pour s'accomplir, la sincérité. Car à défaut de sincérité, on passe dans le domaine du dol, de l'abus de confiance, voire de l'escroquerie. Reste à nous demander, si de tels travers ne sont pas constatés, de quelle façon s'appliqueront ces préceptes dans la pratique.

B Matérialisation de la transparence.

219. Démarche. Les principes de transparence, de loyauté et de bonne foi étant acquis, il convient d'analyser avec précision la nature des informations qui pourront être transmises ainsi que le degré de précision lors de leur transmission. Dans cette optique, il paraît tout à fait légitime d'opérer une distinction entre les débiteurs de cette obligation. En effet, la nature et le degré de l'information à transmettre seront différents selon que l'on aura affaire à un chef d'entreprise (2°) ou à un simple particulier (1°). Le banquier sera ainsi autorisé à demander une information plus large et plus précise à un chef d'entreprise qu'à un particulier⁵⁸⁵. En effet, il est vrai que le risque lié à une activité économique est plus difficile à évaluer que celui du particulier, qui, lui, vise à satisfaire des besoins, dirons-nous, plus élémentaires.

1° Demandeur particulier.

220. Dualité des protagonistes. L'établissement de crédit qui souhaite apprécier la dignité d'un demandeur particulier devra obligatoirement solliciter ce dernier pour obtenir les informations nécessaires à l'étude du risque. C'est une source d'informations incontournable pour l'établissement de crédit. En effet, le banquier devra nécessairement connaître les ressources du demandeur de crédit, son état d'endettement envers les tiers, son statut matrimonial, son âge, le nombre d'enfants etc.. Cette multitude d'informations nécessite bonne foi, loyauté et transparence du demandeur. Néanmoins, ces exigences, si elles sont toujours attendues du demandeur de crédit, peuvent également être demandées à certains intermédiaires dans le cadre des crédits à la consommation. En effet, lorsque le crédit est lié à une vente, la phase de récolte de l'information est souvent assurée par un intermédiaire appelé prescripteur. Ce dernier, qui se tient sur le lieu de vente de la chose, agit comme le représentant du dispensateur de crédit, société financière spécialisée⁵⁸⁶ dans ce type d'opération. Or, l'établissement de crédit est là aussi en droit d'attendre des réponses sincères et précises du vendeur-prescripteur qui transmet les informations récoltées auprès du client-acheteur.

221. Nature de l'information à récolter. Les informations à récolter auprès du client sont de différents ordres et peuvent varier selon la nature, la durée et le montant du crédit demandé. Ainsi, le banquier sera d'autant plus curieux que le crédit sera long et important. Mais de façon générale, il s'agira pour le banquier de s'informer du niveau de ressources de l'emprunteur, de leur stabilité, ainsi que de son état d'endettement. Dans

⁵⁸⁵ Ce qui conforte notre position quant à l'élargissement aux personnes morales de la protection conférée par la loi informatique et libertés.

⁵⁸⁶ Citons parmi les plus connus : SOFICA, SOFINCO, CETELEM, La HENIN ... souvent filiales de banques universelles. Mais certains grands magasins ont développé leurs propres sociétés de crédit.

cette optique, il cherchera à connaître le salaire de l'emprunteur ou plus généralement les revenus de son activité salariée ou non. De même, cherchera-t-il à savoir s'il perçoit d'autres revenus, tels que perceptions de loyers, perceptions de dividendes, de subventions etc.⁵⁸⁷ Aussi, pour certains types de prêt (immobilier notamment) l'établissement de crédit questionnera l'emprunteur sur l'état de son patrimoine tant mobilier qu'immobilier. A-t-il une maison ? Un appartement ? Des terres ? A-t-il des comptes bancaires ? A quelle hauteur ? A-t-il des actions, des parts sociales... ? A côté de ses revenus et de son patrimoine le banquier cherchera à connaître son état d'endettement financier. A ce titre, il pourra demander au candidat emprunteur s'il a d'autres prêts à rembourser, leur nombre, leur montant, leur terme, leur nature (immobilier, découvert, crédit à la consommation etc.). Quelles sont les charges qu'il a à supporter régulièrement, telles que factures d'électricité, de téléphone etc. ? Paye-t-il des impôts ? De quelle nature ? Fonciers, sur la fortune, sur le revenu ? Leur montant ?⁵⁸⁸ Mis à part la connaissance des ressources et des charges, l'établissement de crédit s'attachera plus particulièrement à la connaissance de l'emprunteur et de sa situation. Quel est son âge ? Sa profession ou sa catégorie socioprofessionnelle ? Quelle est la stabilité de sa situation professionnelle ? C'est-à-dire, a-t-il un contrat à durée déterminée ou indéterminée ? Son ancienneté dans l'emploi ? Quelle est sa situation matrimoniale : veuf, marié, divorcé, union libre ? A-t-il des enfants ? Leur nombre ? Quels droits a-t-il sur son logement : propriétaire, locataire et depuis combien de temps... ? La liste n'est pas exhaustive, et d'autres questions peuvent être posées au demandeur. De même que l'état des questions variera selon la nature du crédit et son montant. Ainsi, à titre d'exemple, plus le crédit sera long et important, plus le banquier cherchera à se prémunir contre le risque de non-remboursement en s'informant le mieux possible sur la situation générale du demandeur. En revanche, le simple crédit à la consommation de faible montant n'engendra pas autant d'efforts de la part du banquier qui se limitera à des questions basiques. Les questions peuvent donc être plus ou moins indiscrettes, pouvant même aller jusqu'à demander l'état de santé pour un crédit de longue durée. On aura pu remarquer que les questions qui peuvent être posées touchent parfois directement à la vie privée de l'individu. Si essentielles soient-elles à l'analyse de la dignité, l'établissement de crédit ne pourrait obtenir cette information ailleurs que par l'entremise du client. Le demandeur de crédit constitue donc en matière de crédit aux particuliers la source principale et incontournable des renseignements, ce qui vient souligner davantage encore la nécessité de la transparence et de la sincérité.

222. Attributs de l'information transmise par le demandeur. La qualité d'interlocuteur privilégié suppose alors une transparence, une loyauté et une bonne foi irréprochable dans la transmission des informations le concernant lui ou sa famille proche (conjoint, enfants). Concrètement, il s'agira pour le demandeur de ne pas tromper l'établissement de crédit sur sa situation financière réelle. Il doit adopter une attitude positive en dévoilant tous les éléments qui permettront une exacte appréciation de sa

587 Allocations familiales, pension alimentaire notamment.

588 Voir sur ce thème, Guy Caudamine et Jean Montiez, « Banque et marchés financiers », édition Economica, 1998, pages 187 - 188 ; Michel GAUDIN, « Le crédit aux particuliers », précité, pages 174-176.

dignité. Une simple attitude de passivité ne peut suffire à caractériser une loyauté de sa part. Ainsi, le silence sur certaines informations ou leur dissimulation ne peut s'analyser en de la loyauté ou de la bonne foi dans le cadre de l'appréciation du risque. L'établissement de crédit devrait avoir droit à des informations complètes, exactes, précises, que le demandeur devrait lui fournir. En effet, dans ce type de contrat, la décision de l'établissement de crédit dépend très largement des informations que le client lui transmet ainsi que de leur sincérité. Serait ainsi de mauvaise foi le demandeur qui nierait sciemment l'existence d'autres prêts à rembourser envers d'autres organismes⁵⁸⁹. Cette attitude de dissimulation de l'état d'endettement constitue alors une fausse déclaration⁵⁹⁰ lorsque ces renseignements sont expressément demandés à l'emprunteur. Peut-être en irait-il différemment si les questions n'étaient pas posées (ce qui en pratique est quasiment inconcevable) au demandeur. Dans ce cas, le silence du client ne pourrait être considéré comme de la mauvaise foi de sa part. En revanche, ne pourrait-on pas soutenir qu'il a adopté une attitude déloyale en retenant une information qu'il savait utile à l'établissement de crédit ? Probablement, la loyauté impliquant selon nous une attitude positive de la part des cocontractants dont celle de divulguer toutes les informations utiles en sa possession. La fausse déclaration pourra également tenir en la fourniture de renseignements erronés, tels que majoration substantielle des revenus perçus⁵⁹¹. Dans un même ordre d'idées, le demandeur qui, sans faire de fausses déclarations sur son état actuel, omet d'informer l'établissement de crédit sur l'évolution prévisible de sa situation financière, notamment, ou même familiale, adopterait de ce fait un comportement totalement déloyal, voire de mauvaise foi⁵⁹². En effet, l'emprunteur mentirait non pas seulement sur les disponibilités immédiates mais surtout sur ses capacités de remboursement futur. La loyauté dans la conclusion du contrat assigne pourtant à fournir les éléments demandés ou pas sur sa situation future prévisible (s'il en a connaissance bien évidemment). Sur cette base, le client se doit donc, non pas seulement de ne pas tromper son banquier ni lui dissimuler sa véritable situation, mais il doit l'informer. « On parle souvent du devoir d'information du banquier ; on ne parle pas assez du devoir d'information du client à l'égard du banquier »⁵⁹³. Toute réponse de nature fallacieuse susceptible d'induire en erreur le prêteur et de biaiser sa décision pourrait être constitutive d'un dol soit par omission (réticence dolosive), soit par action. On pourrait même imaginer qu'envers le prêteur l'attitude frauduleuse du demandeur soit à ranger sous le couvert de l'abus de confiance ou de l'escroquerie. Néanmoins, il n'est pas toujours évident que

589 Cour d'appel de Versailles, 20 décembre 1990, Dalloz, 1991, II, page 197, note J. L. Aubert.
ean uc

590 Cour d'appel de Rennes, 30 janvier 1991, Gazette du Palais, sommaire, 23 - 25 juin 1991, page 15.

591 Cour d'appel de Bourges, 5 mars 1991, inédit.

592 Celle-ci étant caractérisée par la conscience de ne pas pouvoir faire face à ses engagements dans un avenir plus ou moins proche. La mauvaise foi suppose donc un élément intentionnel chez le débiteur. Ainsi, ne serait pas de mauvaise foi le débiteur qui s'endette pour essayer de rembourser des prêts précédents. Voir sur l'état de la question, Revue des Procédures Collectives, 1992-1, n° 11 page 46.

593 Michel VASSEUR, précité, page 82.

l'origine de la fraude soit le client lui-même. En effet, comme nous l'avons signalé plus haut, bien souvent l'établissement spécialisé dans le crédit à la consommation fait appel à un représentant sur le lieu de vente⁵⁹⁴.

223. Attributs de l'information transmise par le partenaire commercial. Cet intermédiaire prescripteur qui est également le vendeur a bien souvent intérêt à la conclusion de l'opération. De ce fait, il pourrait être incité à dénaturer quelque peu les éléments d'information fournis par le client, ou même omettre de demander la communication des justificatifs des informations fournies par le demandeur. En effet, c'est le vendeur qui propose le crédit et remplit avec le client le dossier de demande de crédit. Après quoi, l'organisme prêteur agréé la demande au seul examen des renseignements fournis au dossier, ainsi que de la consultation du FICP. L'étude de la dignité de l'emprunteur dépend, dans ce cadre, largement des informations qui sont transmises au dispensateur de crédit. Or, dans ce genre d'opération, le vendeur n'a pas le même intérêt que le prêteur. Si ce dernier entend sélectionner des clients qui sont capables de rembourser, le vendeur, lui, a plutôt intérêt à conclure l'opération de vente sans se soucier de la capacité de remboursement du client. La conclusion de la vente étant conditionnée par l'obtention du crédit, le vendeur pourrait alors avoir tendance à dénaturer ou à suggérer les réponses du demandeur afin que sa demande soit satisfaite. Ainsi, pourrait-il lui suggérer de taire certaines informations, comme l'existence d'autres crédits auprès d'organismes différents ; la société de crédit n'ayant pas les moyens de connaître l'information à défaut d'incidents de paiement. De même, pourrait-il majorer l'état des revenus du demandeur ou minorer l'état des charges etc. Il y a là une véritable attitude positive du vendeur constitutive d'une fraude envers la société financière. Certes, avec la complicité du demandeur, mais auquel on ne peut reprocher une quelconque mauvaise foi, les réponses lui étant suggérées par le représentant de l'établissement de crédit, dans lequel, il aura, bien généralement, une totale confiance⁵⁹⁵. En revanche, le vendeur-prescripteur engagera sa responsabilité contractuelle envers la société spécialisée. En effet, bien souvent, si ce n'est systématiquement, l'établissement de crédit aura passé avec l'enseigne un contrat qui définit les droits et les obligations réciproques des parties ; ainsi que les sanctions du défaut d'accomplissement de ces dernières. Il ne serait pas étonnant de voir apparaître au contrat les conditions de transfert de responsabilité sur le vendeur en cas de faute de sa part⁵⁹⁶, notamment dans les cas que nous venons d'évoquer. A cette hypothèse de faute, pourra se rajouter celle résultant d'une attitude de passivité du vendeur, celui-ci omettant, par exemple, de demander les

594 Sur ces établissements spécialisés, voir H. ^{ubert} Balaguy, « Le crédit à la consommation en France », Que Sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1996, pages 54 - 55 ; voir aussi pour un historique, A. ^{lain} Sériaux, « La distribution du crédit immobilier », in ouvrage collectif, « Le droit du crédit au consommateur », Librairie Techniques, 1982, pages 264 - 265 et les notes de bas de page.

595 Il est d'ailleurs à noter que bien souvent, le demandeur de crédit particulier fait mal la distinction entre le vendeur qui remplit son dossier et l'établissement de crédit lui-même. Pour lui, ^{Sériaux} il y a unité de l'opération concentrée en la personne du vendeur prescripteur. Voir, Alain ^{Sériaux}, précité, page 266.

596 En ce sens, voir Bernard DROT, colloque de Dijon précité, en réponse à une question de la salle.

justificatifs des bulletins de salaires. Certes, le demandeur doit fournir une information exacte à l'établissement de crédit, cependant l'établissement de crédit partagerait son préjudice en cas de non-remboursement du crédit, si le prescripteur ne demandait pas les justificatifs attestant de l'état des ressources. Le vendeur qui adopterait une telle attitude commettrait une faute à l'égard du dispensateur de crédit qui pourrait ainsi engager sa responsabilité. Le vendeur est donc lui aussi tenu de respecter certains principes, tels que bonne foi, transparence et loyauté dans les informations demandées et transmises. Ces principes s'appliqueront dans son cas avec d'autant plus de rigueur qu'il est le représentant de l'établissement de crédit, qu'ils sont partenaires dans les opérations de ventes. C'est donc d'une loyauté dans les affaires qu'il s'agit en l'espèce, qui recevra d'ailleurs une acuité toute particulière lorsqu'il se traitera des rapports avec l'entreprise.

2° Demandeur chef d'entreprise.

224. Nature de l'information. Dans le cadre de la recherche d'informations sur une entreprise cliente ou prospect, il serait aberrant de consulter toutes les sources, sauf cette même firme. Le minimum que peut donc faire le banquier ou l'agence de notation est de rechercher chez le demandeur certaines informations nécessaires à la détermination de la dignité de crédit. Selon nous, deux types d'informations peuvent être trouvés chez l'emprunteur : les unes que l'on dira de nature objective, tirées principalement de la présentation des documents comptables et juridiques, les autres de nature subjective qui naîtront du dialogue avec le client.

225. L'information objective. Le banquier ou l'agence de notation, même s'ils peuvent obtenir la documentation comptable et juridique par voie externe, seront avisés d'interroger le client ne serait-ce que pour obtenir un gain de fraîcheur de ces documents. En effet, l'information issue de la publicité légale accuse toujours un certain retard. Or, demander directement cette information au client élimine cet inconvénient et souligne l'importance de la source d'information qu'il constitue.

226. Documentation juridique. Parmi cette dernière, il pourra être pris connaissance des statuts de société, des délibérations d'assemblées générales, des PV de conseils d'administration les plus récents. Ces derniers documents permettront notamment de connaître les décisions futures de la direction et par-là même d'apprécier leur impact sur la situation prévisible de l'entreprise. De même, cette documentation, si banale soit-elle, permet de s'assurer de l'existence juridique de l'entreprise et de vérifier que le client a la capacité juridique d'engager son entreprise. Enfin, ces documents sociaux « sont également de nature à révéler la géographie du capital, et, au travers de ses dirigeants, l'environnement de l'entreprise »⁵⁹⁷. Cette étude sera également l'occasion de vérifier que les dirigeants sont bien cotés à la Banque de France, qu'ils sont d'une moralité exemplaire ou du moins sans vice rédhibitoire (faillite personnelle par exemple). Mais, c'est sans doute par l'étude de la documentation comptable que le banquier ou l'agence de notation obtiendra le meilleur moyen d'analyse de la dignité du crédit.

597 Jean-Pierre DESCHANEL, « L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit », Revue Banque, 1977, n° 366, page 1093.

227. Documentation comptable et financière. En effet, celle-ci est révélatrice de la santé financière et économique de l'entreprise, de par les informations qu'elle contient. Il s'agira alors pour le banquier, notamment, d'analyser cette masse de documentation comptable. Il aura ainsi à étudier avec précision bilans, comptes d'exploitation, comptes de résultat. Il s'agira bien sûr pour le banquier d'obtenir les documents comptables les plus récents possible, mais également ceux des années précédentes, et ce afin d'avoir, d'une part, une vue statique de l'entreprise à un moment déterminé, et d'autre part, d'en prendre une vue dynamique et d'apprécier l'évolution de l'entreprise⁵⁹⁸ sur ce laps de temps. Sans entrer dans le détail de l'analyse de la comptabilité, celles-ci permettront aux banques et aux agences de notation d'apprécier, notamment, le risque financier de l'entreprise, ainsi que les besoins en crédit du client. L'étude de la comptabilité permettra également l'analyse de la situation de trésorerie de l'entreprise, l'importance du fonds de roulement... Cette information, qui ne peut suffire à elle seule, pourra être complétée par une demande de communication du plan de financement de l'entreprise. Dès lors que l'analyse des documents passés et présents relatifs à l'entreprise sollicitant le crédit n'aura pas donné lieu à un rejet de la demande, le banquier pourra demander pour étoffer son dossier, que l'entreprise lui communique le plan d'exploitation prévisionnel. Ce dernier est très important puisqu'il vient résumer l'opportunité commerciale du projet et définit et structure la manière dont l'entreprise est compétente pour réaliser ce projet. En d'autres termes, ce plan mettra en avant la capacité de l'entreprise à exploiter cette opportunité et qu'elle a un programme rationnel, cohérent et crédible pour engager des dépenses et dégager une rentabilité dans un horizon de temps déterminé⁵⁹⁹. En somme, le banquier qui se voit demander un crédit de financement jugera de la viabilité du projet au travers de son plan qui devra aborder les différents aspects de l'entreprise, de son environnement, et de son mode de financement dans la perspective de la réalisation du projet⁶⁰⁰. Par ce plan, l'entreprise se propose de fournir, aux décideurs d'une banque ou de l'agence de notation, tous les éléments d'information qualitatifs et quantitatifs qui leurs seront nécessaires pour apprécier en toute connaissance de cause le projet à financer⁶⁰¹.

228. Transmission sincère. Nous l'aurons compris, toute cette phase d'information nécessite dialogue et transparence entre l'établissement de crédit, ou l'agence de notation, et le demandeur de crédit. En effet, en matière de crédit le silence du demandeur ne lui profite jamais⁶⁰². Ainsi, tout refus de l'entreprise de laisser la banque

598 Voir, Michel Vasseur, précité, page 179 ; Jean-Pierre Delacour, « Les opérations de banque », fascicule 1, 1975 - 76, page 70 ; Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 1093.

599 A.-J. Timons, « Le plan prévisionnel d'exploitation : mode d'emploi », MBA finances, Maxima édition, 1993, pages 119 - 121.

600 Ainsi, les informations porteront sur le secteur, l'entreprise et le produit, l'équipe de direction, les études de marché, le plan marketing, le plan de production, le plan de financement etc.

601 Sur le contenu complet du Business Plan, voir site Internet : <http://www.suisse.Banques.ch>

602 Olivier LICHY-SEGURE, « Renseignements bancaires », Juris-Classeur Banque et Crédit, fascicule 910, n° 18, page 4.

l'évaluer (totalement ou partiellement), ce qui suppose la transmission des documents demandés, pourra être interprétée comme un signe de mauvaise qualité de l'entreprise, ce qui aura une influence négative sur la décision finale. Le demandeur a donc tout intérêt à divulguer les informations nécessaires à l'étude de sa dignité. Certes, si auparavant, les chefs d'entreprises marquaient une certaine réticence à communiquer leurs documents comptables et financiers, force est d'admettre aujourd'hui que ces refus sont beaucoup plus rares⁶⁰³. Rappelons que le client a un devoir de collaboration avec son dispensateur de crédit, qui doit l'inciter à communiquer les informations qu'il détient sur son risque. C'est là une condition *sine qua non* du devoir de loyauté et de transparence. En effet, un meilleur accès aux informations comptables de l'entreprise est un facteur d'analyse du risque de l'entreprise, de sa dignité. Une transparence à cet égard permettra une meilleure analyse de la dignité de l'entreprise, et favorisera également un climat de confiance puisque tout obstacle à l'accès à la documentation peut être perçu comme un signe négatif de la santé de l'entreprise. Ceci ne favorisera pas l'accès au crédit, car l'établissement de crédit, préférera s'abstenir dans le doute. Dans un même ordre d'idées, une transparence sur les informations prévisionnelles est gage d'un climat de confiance entre l'entreprise et son banquier. A ce titre, le Conseil National du Crédit a émis le souhait d'une plus grande transparence dans la transmission des documents prévisionnels. Transparence qui pourrait se concrétiser sous la forme d'une « clause d'audit ».

229. La clause d'audit : une illustration de la sincérité. Par cette clause, l'entreprise s'engagerait à fournir les informations nécessaires à l'étude de son risque. Ainsi, l'octroi de crédits serait conditionné par l'accompagnement d'un engagement d'information et de transparence. On retrouve ici l'idée des sûretés négatives. Ce type de clause pourrait ainsi intervenir aux différents stades de la vie du crédit, aussi bien au moment de son octroi initial, qu'à celui de son renouvellement. Néanmoins, il ne s'agirait là que d'une simple obligation de moyens et non de résultat⁶⁰⁴ que prendrait l'entreprise en acceptant de communiquer à ses pourvoyeurs de fonds, des éléments préalablement établis à usage interne ; ces éléments étant assortis d'un avis motivé d'un tiers, audit externe⁶⁰⁵. L'intervention du tiers expert-comptable, commissaire aux comptes ou autre personne désignée par les parties ou l'une d'elles, assure du même coup l'intégrité et la fiabilité de l'information transmise. Le banquier serait ainsi sûr d'avoir obtenu communication d'une documentation sincère en vue de l'analyse de la dignité du crédit. Néanmoins, selon ce même Conseil, « le développement des clauses d'audit ne doit pas aller jusqu'à subordonner l'octroi du crédit à la fourniture de documents non prévus par la réglementation ou une nouvelle certification par les commissaires aux comptes ». Cette forme de clause est de nature à favoriser la divulgation d'informations, notamment

603 Voir dans ce sens, Jean-Jacques BURGARD, « La banque en France », Presse de Science Po. t Dalloz, 1995, pages 280 - 281 ; Michel VASSEUR, précité, page 180 ; Jacques FERRONNIERE, « Opérations commerciales de banque », Dalloz, 1962, n° 188 - 189 ; Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 1093 ; Jean-Pierre Delacour, précité, page 70.

604 Voir, Conseil National du Crédit, rapport sur le « Risque de crédit », septembre 1995, page 41.

605 Ibidem .

prévisionnelles, qui manquent souvent à une juste appréciation de la dignité du crédit. Ces clauses ont donc un aspect doublement volontaire, d'une part quant à leur principe même (elles ne peuvent jamais être imposées) et d'autre part quant à la matière et l'importance de l'information transmise (financière, comptable etc.). Mais le certain est qu'elles ne peuvent que s'inscrire dans un climat de confiance réciproque, de transparence et de loyauté. Evidemment, si cette transparence passe par la transmission d'un certain nombre de documents comptables et financiers, on ne saurait ignorer dans ce cadre le dialogue entre le chef d'entreprise et l'établissement de crédit notamment. Car si le silence ne profite pas au demandeur de crédit, une attitude de dialogue peut, au contraire, lui être profitable. En effet, le développement de contacts systématiques entre l'établissement de crédit, par exemple, et l'entreprise se révèle nécessaire pour améliorer la transparence des relations entre les deux parties⁶⁰⁶. La transparence ne s'arrête donc pas à la transmission de l'information mais se poursuit également lors de la discussion sur les chiffres transmis. A ce titre, l'entretien⁶⁰⁷ avec le client permettra de lever beaucoup de doutes et d'incertitudes, et le chef d'entreprise pourra expliquer certains résultats apparemment négatifs. Le banquier comprendra mieux les contraintes, les difficultés de l'entreprise, il connaîtra mieux les projets de son client, ce qui devrait favoriser une bonne prise de décision. C'est une manière, pour le banquier, d'apprécier la compétence du ou des dirigeants, de leurs collaborateurs. A reprendre un auteur⁶⁰⁸, « l'entretien a une valeur essentielle », il permet aux banques de se constituer « une première opinion, certes subjective, mais irremplaçable, sur la qualité des hommes, le cadre général de l'entreprise »⁶⁰⁹.

230. Informations subjectives. Cette appréciation des qualités du dirigeant est en effet primordiale. Certes, une bonne marche des affaires dans le passé, l'accumulation de réserves et le maintien ou le renforcement des structures financières saines et

606 En ce sens, décision de l'AFB de promouvoir des réunions annuelles entre chefs d'entreprise et représentants de toutes les banques intéressées afin de développer une communication active entre banques et clients.

607 De préférence sur place, afin de voir l'entrepreneur ou les dirigeants dans leur cadre de travail, la façon dont il est installé, s sont s' Le risque de crédit situation des locaux, activité, attitude du personnel..., voir sur ce point, Georges PETIT - DUTAILLIS, « Le risque de crédit bancaire », éditions Riber, 1967, tome 1, n° 51, page 66 ; Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 1093, paragraphe a-1. Ainsi, lors de la visite (qui peut se renouveler), le banquier pourra remarquer s'il existe une entente entre dirigeants et collaborateurs. Si les premiers connaissent bien les rouages de leur affaire ou s'ils sont loin de celle-ci, si les seconds sont enthousiastes et impliqués dans la marche de l'entreprise. De même que le climat social est une bonne mesure de l'entente qui règne entre la direction et le personnel. Des salariés non motivés, non-satisfaits, n'est jamais positif sur la cadence de fabrication et les capacités à répondre à de nouvelles commandes. D'autres éléments peuvent être découverts lors d'une visite, tels que le niveau de stock, l'état de l'outillage... En somme tout ce qui concourt à former l'opinion du banquier sur une entreprise. La visite permet donc « d'apprécier la valeur exacte de l'entreprise », et par voie de conséquence sa capacité à honorer ses engagements financiers. Les éléments décelés lors de la visite font partie intégrante de la dignité de l'entreprise, voir Georges PETIT - DUTAILLIS, « Le crédit et les banques », Siret, 1964, page 108.

608 Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 1093, paragraphe a-2.

609 Ibidem, paragraphe a - 3.

équilibrées, représentent de sérieuses garanties à cet égard. L'analyse prévisionnelle permet également de repousser les barrières du futur et d'anticiper les événements. Mais, le prêteur ou le notateur qui a obtenu toutes les données comptables, financières et économiques de l'entreprise n'est jamais certain d'avoir dressé un inventaire complet sur son client. Le prêteur ou l'agence de notation ne pourra jamais, dans son appréciation globale de l'entreprise, donner à chaque élément du dossier son poids exact. De même que, malgré cette analyse des faits objectifs, l'imprévu peut toujours se produire. Or, sur ce dernier point, manque « l'appréciation du ressort dynamique qui doit permettre à l'entreprise de faire face aux incertitudes à venir, et qui réside pour l'essentiel dans les qualités d'adaptation des dirigeants de l'entreprise aux événements imprévisibles ou surprenants »⁶¹⁰. Or, s'agissant d'analyser, de saisir des données subjectives, seul le tête-à-tête avec le demandeur de crédit permettra de répondre à cet impératif. L'appréciation des qualités humaines est un élément déterminant de l'octroi ou du refus des crédits ; nous sommes là « au cœur de l'instruction du crédit »⁶¹¹. Or, le dialogue avec le client permettra la mesure de son comportement subjectif, permettra d'analyser ses qualités d'intelligence, d'imagination, de réactivité etc. De ce dialogue va se dégager le profil de l'emprunteur, sa « solidité morale », sa « correction dans les affaires »⁶¹², en trois mots sa dignité de crédit. Bien sûr cette appréciation relève du savoir-faire du banquier, de son habileté à percevoir les émotions, les instants de gêne etc., révélateurs du caractère de l'emprunteur, mais seul l'entretien avec le client le permet. Nous pouvons donc dire que le client constitue une source incontournable dans la phase d'instruction du dossier. L'entretien permettra dès lors, soit de lever les incertitudes sur des données objectives, soit au contraire de jeter le doute quant à l'issue du crédit. Ainsi, l'apparente solidité objective de l'affaire pourra être contrebalancée par l'entretien avec le client, ou au contraire l'apparente fragilité objective pourra être contredite par des qualités certaines de l'emprunteur face à l'imprévu. Il est bien entendu que cette opinion ne peut naître que dans un climat de confiance, de transparence, de loyauté et de bonne foi dans les informations objectives fournies ainsi que dans les réponses apportées au banquier.

231. La sincérité des informations fournies, comptables et financières, ainsi que la justesse des propos, forment la base de la transparence et de la loyauté (dans les affaires). Il est alors nécessaire que les informations transmises par le chef d'entreprise soient exactes et précises. Le risque en la matière est la fourniture d'une documentation (comptable) truquée, falsifiée ou équivoque destinée à biaiser la vision de l'établissement de crédit ou de l'agence de notation. L'hypothèse n'est pas d'école et il est alors très facile d'imaginer que le chef d'entreprise décide de mettre en oeuvre des moyens (frauduleux) pour obtenir le crédit surtout s'il traverse une période difficile. Dans ce cadre, il sera tenté de masquer sa situation réelle en multipliant les actions de dissimulations et de falsifications, contrevenant par-là même aux principes de sincérité, de régularité et

610 Voir, Roger CUIGNET, « La responsabilité juridique du banquier donneur de crédit », *Revue de la Banque* (Bruxelles), 1976, page 13.

611 Ibidem .

612 Ibidem , page 14.

d'image fidèle imposés par les textes⁶¹³.

232. Les notions de sincérité, de régularité et d'image fidèle. Ces derniers imposent, en effet, que les comptes annuels ou les documents de synthèse doivent présenter une « image fidèle » des résultats, ainsi que de la situation financière et patrimoniale de l'entreprise. On peut certes s'interroger sur la signification des termes « image fidèle », les textes n'important pas directement de définition. Cependant, on peut se faire une idée précise de la notion en se référant à la traduction du terme anglais⁶¹⁴ « *true and fair view* », littéralement « opinion vraie et empreinte de bonne foi »⁶¹⁵. Ces derniers termes se suffisent à eux-mêmes et dénotent parfaitement l'idée de sincérité dans l'établissement des documents⁶¹⁶. La formulation même de l'article L. 123-14 du Code du commerce abonde dans ce sens⁶¹⁷ en énonçant que : « les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise ». En somme, l'image fidèle suppose régularité, sincérité et adéquation entre les éléments portés dans la comptabilité et la réalité des opérations passées par l'entreprise, ainsi que de l'état de son patrimoine⁶¹⁸. Le chef d'entreprise doit se conformer aux principes édictés et ne peut, sans frauder, présenter une documentation qui contreviendrait à ces préceptes. Sans cela, le banquier ou l'agence de notation qui analyse les documents ne pourra que porter un jugement erroné sur la situation de l'entreprise et, par contagion, sur la dignité de l'entreprise.

233. Les comportements contraires à ces notions. Concrètement, le chef d'entreprise qui désire tromper son banquier, par exemple, multipliera les actions malhonnêtes, afin de masquer la situation réelle de l'entreprise. Il est évidemment impossible de répertorier tous les subterfuges pouvant aboutir à ce résultat, cependant on peut citer quelques exemples. Ainsi, le dirigeant pourra procéder par voie de :

- bilan gonflé et résultats améliorés artificiellement. Eventuellement distribution de dividendes fictifs afin de donner une apparente solidité financière ;
- multiplication d'ouvertures de comptes bancaires afin de diluer le montant du découvert ;
- double financement (cavalerie, papier de complaisance etc.).

613 Articles L. 123-14 et L. 123-15 du Code du commerce.

614 Version originale de la 4^{ème} Directive du C^{onseil} des communautés européennes.

615 Voir exposé des motifs du projet de loi n° 765 du 30 avril 1983.

616 Néanmoins, pour d'autres définitions, voir Jean-Prosper Mabassi, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'occasion des procédures collectives », thèse, 1982, Poitiers, page 74 in limine.

617 De même que le plan comptable général de 1982, qui emploie la formule suivante : « à l'effet de présenter des états reflétant l'image fidèle de la situation et des opérations de l'entreprise, la comptabilité doit satisfaire, dans le respect de la règle de prudence aux obligations de régularité et de sincérité », plan comptable général, 1982, p. 5.

618 Voir, sur l'état de la question, Jean-Prosper Mabassi, précité, page 73 et suivantes.

La pratique nous apprend d'ailleurs qu'il n'est pas aussi facile que cela de déceler la fraude notamment dans l'établissement des documents comptables⁶¹⁹ ; les dirigeants d'entreprises débordant d'imagination lorsqu'il s'agit de trouver un financement illégitime : faux stock par un inventaire physique truqué, falsifié ou même par truquage informatique ; fausses créances par voie de fausses factures ou faux bons de commande ; faux Daily etc. L'objectif étant d'améliorer fictivement la santé financière et économique de l'entreprise dans la perspective d'obtenir le crédit souhaité ou la souscription à l'emprunt. Les établissements de crédit et les agences de notation devront, à cet égard, être particulièrement vigilants, ces opérations n'étant pas forcément le fait d'escrocs professionnels. Les paroles de l'ancien président du Tribunal de commerce de Lyon résument parfaitement l'idée, « ce que le Tribunal m'a appris, c'est que les chefs d'entreprises les plus honnêtes peuvent devenir malhonnêtes à leur insu »⁶²⁰ confirmant par-là l'expression « qu'il n'y a pas plus malhonnête qu'un honnête homme dans le besoin ». Pour se prémunir contre ce risque de falsification des documents comptables et financiers, le banquier serait avisé de demander la certification du commissaire aux comptes⁶²¹ dans les cas prévus par les textes. Dissimulations, falsifications, truquages, se situent aux antipodes des principes de bonne foi, de loyauté ou de transparence nécessaires pour que la dignité des demandeurs soit correctement évaluée, ce qui souligne une fois de plus l'importance de ces règles en matière de distribution du crédit. En effet, le respect de la loyauté, de la bonne foi et de la transparence doit permettre au banquier et à l'agence de notation d'évaluer correctement la dignité du crédit ; c'est là le but premier de ces préceptes. Force est aussi de constater que la réalisation de cette fonction permet directement de satisfaire plusieurs intérêts, parfois même contradictoires.

3° Sincérité de l'information et buts protégés.

234. Objet du devoir de loyauté, de transparence et de bonne foi. En informant son établissement de crédit de la manière la plus sincère et la plus complète, l'entreprise ou le particulier, contribue indirectement à assurer la protection de deux types d'intérêts : l'intérêt général et l'intérêt privé.

235. Intérêts privés. En offrant à l'établissement de crédit les éléments de sa dignité, l'entreprise lui permet d'établir l'équilibre de son compte de gestion, et donc d'assurer sa survie. Mais également, en informant de la manière la plus sincère le banquier, l'entreprise protège indirectement son propre intérêt. En effet, mieux informé, le banquier pourra apprécier plus justement la capacité de l'entreprise à s'endetter ou à ne pas trop s'endetter. Ou encore, cette transparence, lorsqu'elle est demandée par les textes, permet une meilleure connaissance par les tiers (fournisseurs, créanciers) de la situation de l'entreprise. Mais cette sincérité, si elle permet la protection d'intérêts privés, servira

619 Voir dans ce sens, André BUTHURIEUX, précité, n° 111 et 112, page 48 et 49.

620 Cité par, André BUTHURIEUX, précité, n° 12, page 49.

621 Il semble que même par cette voie la certitude de la sincérité des comptes ne soit pas assurée ! En ce sens Michel VASSEUR, précité, page 83 in limine .

surtout la protection de l'intérêt général.

236. Intérêt général. On a pu dire que le crédit n'était pas une marchandise comme les autres, qu'il faisait partie des produits dangereux et que dans cette optique il devait être manié avec précaution. Car les établissements dispensateurs de crédit ont la lourde tâche d'assurer la sécurité du crédit. On a même pu dire à une certaine époque, pas si lointaine, qu'ils assuraient une mission de service public.

237. Activité bancaire et notion de service public. Cette idée est apparue dans les années 60 sous la plume du Professeur Houin⁶²². Selon ce dernier, la conception libérale de la banque consisterait à considérer la profession de banquier comme une entreprise commerciale comme une autre et donc libre d'agir à sa guise dans l'octroi ou le refus d'un crédit. En somme sa décision serait dictée par son appréhension du risque, par la protection de son propre intérêt, avec la seule limite de l'agissement frauduleux par le banquier. Ce n'est que si la banque a agi frauduleusement que sa responsabilité pouvait être engagée. La Cour d'appel de Nîmes a été très claire à cet égard⁶²³. Après avoir relevé que la conception de la Cour était parfaitement louable, le Professeur Houin introduit une autre conception de l'activité bancaire. Selon lui, ne pourrait-on pas avoir « une autre conception de la banque, instrument d'un service public de distribution et de régulation du crédit ... ». Cette idée certes liée au contexte de nationalisation de l'époque, avait trouvé quelques échos du côté de la jurisprudence. En effet, un arrêt de la Cour d'appel de Paris allait concrétiser cette idée dans un attendu sans équivoque quant à la prise de position⁶²⁴. Ainsi, selon les termes de la Cour : « spécialement une banque, même privée, doit éviter que ces opérations ne soit une source de préjudice pour les tiers, et notamment pour les créanciers de ses clients. Sa participation au service public que constitue la distribution du crédit l'oblige à prendre toutes précautions nécessaires pour ne pas maintenir le crédit à une entreprise qui ne le mérite pas... ». Selon cet arrêt, l'activité bancaire s'intégrerait dans la notion de service public. Cela signifierait au sens propre que la banque perdrait son pouvoir de décision. Impossible pour elle de refuser un crédit, l'essence même du service public étant d'être ouvert à tous.

238. Sens de la notion de service public au regard de la spécificité de l'activité bancaire. Néanmoins, selon le Doyen Jean Stoufflet⁶²⁵, l'idée d'un service public, ne serait plus acceptable « si on lui donnait un contenu technique et si elle devait conduire, par exemple, à restreindre la liberté qu'ont les banques de refuser un crédit »⁶²⁶. En revanche, les Professeurs Michel Cabrillac et Jean Louis Rives-Lange⁶²⁷, ont admis

622 Voir, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1964, page 163 et suivantes.

623 Cour d'appel de Nîmes, 13 novembre 1963, *ibidem*. « Mais attendu que si la continuation d'un commerce facilitée ou même conditionnée par le crédit consenti par un banquier, a conduit des tiers à traiter avec le commerçant apparemment solvable, et à lui consentir du crédit, alors que le commerce est en réalité déficitaire, le banquier, à moins qu'il se soit porté garant de cette solvabilité ou livré à des manœuvres frauduleuses pour y faire croire, n'est pas responsable... ; que le risque qu'il a pris le concerne seul et n'emporte pas garantie au profit des tiers ».

624 Arrêt du 26 mai 1967, JCP (G), 1968, n° 15518, note Jean STOUFFLET.

625 *Ibidem*.

l'intégration de la notion pour « renforcer les obligations des banques envers les tiers » , c'est dire l'ambiguïté de la notion de service public ⁶²⁸ . En effet, la notion devient ambiguë, appliquée à la matière bancaire. Il est vrai qu'on peut comprendre l'expression comme l'ouverture du crédit à tous sans exigence particulière. Ce qui serait nié le caractère commercial de l'activité bancaire, avec son corollaire, l'objectif de rentabilité aux fins de survie. Force est alors de reconnaître que la notion de service public ne doit pas et ne peut être comprise dans le sens technique que lui reconnaît le droit administratif ⁶²⁹ . Ainsi, comme a pu le souligner le Professeur Michel Vasseur ⁶³⁰ , « cette idée que les banques assureraient un service public est parfaitement fautive, et d'une fausseté qui résulte d'un manque de rigueur dans l'expression de la pensée, voire même simplement du vocabulaire » . Les conséquences de l'intégration d'une telle notion s'établiraient sur deux plans. D'une part, on pourrait en déduire une responsabilité exceptionnelle fondée non pas sur la faute mais sur le risque ⁶³¹ . D'autre part, on trouverait ici prétexte à refuser au banquier la liberté de choisir à qui il croit faire confiance. Ce serait donc instituer une sorte de droit au crédit ⁶³² . Il est vrai que la notion de service public est apparue pour mieux fonder la responsabilité du banquier en cas de distribution de crédit. Il est également vrai que le recours à cette notion n'est pas étranger à l'organisation du secteur bancaire (son importance dans la vie économique). L'idée s'appuie sur certaines caractéristiques du secteur bancaire français, notamment le contrôle qu'exerce l'autorité publique par le biais, notamment, de la Commission Bancaire ⁶³³ . Il est également vrai que les banques ont accès à des sources de financements privilégiées. De même qu'elles peuvent faire appel à la Banque de France pour obtenir le refinancement de certains crédits. Néanmoins, ce n'était que pour mieux diriger la politique économique et monétaire du pays ; il est alors parfaitement naturel que les banques soient tenues en contrepartie à des obligations particulières envers la collectivité et le monde du commerce ⁶³⁴ . Cependant, la banque n'est pas gérante d'un service public ⁶³⁵ au sens technique du droit

626 Citer également par Michel Cabrillac et Jean-Louis RIVES-LANGE, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1968, chronique, n° 9, page 1102,

627 Ibidem .

628 En ce sens, Jean STOUFFLET, précité, in fine .

629 Voir, Jean-Louis RIVES-LANGE, « Droit bancaire », précis Dalloz, n° 158. Dans ce sens voir également, Alain ZENNER, « La responsabilité du donneur de crédit », *Revue de la Banque (Bruxelles)*, 1974, page 714.

630 Voir, *Revue Banque*, 1971, n° 302, à propos de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 8 juillet 1971.

631 Alain ZENNER, précité, page 713.

632 Voir, Jack Vézian, « La responsabilité du banquier », n° 204. Voir également, Michel VASSEUR, *Revue Banque*, 1976, n° 351, page 492.

633 Voir, Claude Lussan, « La responsabilité des banques vis-à-vis de leurs clients », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, septembre - octobre/1977, « Rôle et responsabilité des banques », page 291.

administratif. Cela signifie simplement que la banque, qui manipule un produit pas comme les autres, l'argent, doit se montrer particulièrement vigilante quant à sa décision d'octroi ou de refus de crédit. En ce sens qu'elle doit intégrer dans sa décision non plus seulement son propre intérêt, mais également l'intérêt des autres. En d'autres termes, l'intérêt général⁶³⁶. En somme, la notion ne permet qu'un renforcement des obligations professionnelles du banquier⁶³⁷, mais n'entame aucunement sa liberté de décision et le caractère commercial de l'activité bancaire. Dès lors, les banquiers conserveraient « le droit de dire non à leurs clients »⁶³⁸. Restera à définir la notion d'intérêt général. Actuellement la protection du consommateur moyen, l'ampleur du phénomène du surendettement, devrait justifier l'emploi de la notion. De même que la protection des créanciers des emprunteurs qui pourraient subir directement les affres d'un crédit inapproprié. C'est donc en ce sens qu'il faut comprendre la mission de service public, en tant qu'un des éléments directeurs de la décision de crédit. On doit cependant admettre avec d'autres auteurs que l'emploi du terme « service public » pour caractériser l'activité bancaire n'est pas très heureux⁶³⁹. Ainsi, selon le Professeur Michel Vasseur⁶⁴⁰ : « l'emploi du mot est dès lors un leurre, générateur des pires erreurs, dans lesquelles les intérêts que l'on croit par-là servis ne trouvent en rien leur compte ». L'idée du service public n'a servi qu'à justifier une responsabilité renforcée du banquier. Responsabilité renforcée, justifiée par la « fonction sociale »⁶⁴¹ qu'exerce le banquier. Mais alors il est vrai qu'il n'était nul besoin d'introduire le concept de service public pour la désigner⁶⁴². Selon l'opinion du Doyen Jean Stoufflet⁶⁴³, l'application des principes traditionnels de la responsabilité aurait suffi, avec la prise en compte de cette fonction sociale, pour l'apprécier. C'est bien de cette manière qu'il faut appréhender le terme et pour exprimer cette acception, l'on peut faire appel au droit comparé notamment au droit belge. En effet,

634 Voir, Jean STOUFFLET, précité.

635 Voir, Michel VASSEUR, précité, fascicule 1, pages 20 et 24 ; C. Lussan, précité, page 291.
laude

636 Voir, Jean STOUFFLET, JCP (G), 1965, I, étude n° 1882, spécialement n° 23.

637 Voir, Jean STOUFFLET, JCP (G), 1968, précité.

638 Voir, Jean STOUFFLET, rapport français sur « La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé », ouvrage sous la direction de Lucien Simont et André Bruyneel, éditions Larcier, 1984.
Larcier

639 Voir, Jean STOUFFLET, JCP (G), 1968, précité in fine.

640 Voir, Lucien M. MARTIN, Revue Banque, 1971, page 1145.

641 Voir, Jean STOUFFLET, JCP (G), 1968, précité.

642 Claude Lussan, « La responsabilité des banques vis-à-vis de leurs clients », Revue de Jurisprudence Commerciale, septembre-octobre, 1977, page 291.

643 Précité, mélange Michel Cabrillac, page 519

une décision de la Cour d'appel de Gand⁶⁴⁴ est riche d'enseignements à ce sujet. Ainsi la Cour a-t-elle affirmé que le banquier est investi « d'une mission sociale et économique » . De même que les termes de la décision du Tribunal de commerce de Courtrai⁶⁴⁵ qui admet que les obligations des banques sont plus lourdes que celles des autres commerçants : « considérée par l'opinion publique comme une sorte d'institution publique, la banque remplit une fonction très importante est presque publique » . Il est donc certain que la banque n'est pas un service public au sens administratif du terme, mais que l'activité qu'elle exerce, le négoce d'argent, lui assigne un rôle social évident. Dans cette optique elle ne doit prêter qu'aux entreprises ou aux particuliers qui sont dignes de crédit. Pour illustration nous nous référerons au rapport de la Commission Bancaire Belge⁶⁴⁶ dont les termes restent d'actualité : « à raison de sa nécessaire insertion dans la vie économique, une banque ne peut certes avoir égard uniquement à ses intérêts propres au titre de créancier. Elle ne peut ignorer les répercussions des décisions qu'elle prend, pour l'entreprise en cause et pour l'économie de la région ou du pays »⁶⁴⁷ . Si, donc, on ne peut établir l'idée d'un service public qui permettrait l'accès aux crédits pour tous, il n'en reste pas moins que la banque doit tenir compte de l'environnement extérieur, de l'intérêt général pour prendre sa décision. Et la protection de cet intérêt passe par l'octroi d'un crédit aux seuls demandeurs qui en sont dignes. Et si, selon certains, cette dignité demeure discrétionnaire⁶⁴⁸ , elle trouve une limite dans cette notion d'intérêt général que la diversification des sources de renseignements devrait contribuer à protéger.

II les sources externes au client.

239. Asymétrie d'information. Chercher à confirmer les informations recueillies auprès du client, chercher à les compléter, est une démarche naturelle et nécessaire de l'établissement de crédit ou de l'agence de notation. En effet, malgré un climat de transparence et de loyauté, il est toujours possible que le client ait retenu certaines informations qui pourraient entraîner le refus du crédit qu'il sollicite. L'ampleur de la recherche dépendra, bien évidemment, du degré de transparence et de loyauté qui existe entre le client et la banque notamment. Celui-ci sera fonction de l'antériorité de la relation bancaire. Une asymétrie d'information plus ou moins grande est donc susceptible d'exister entre l'établissement de crédit et le demandeur. Cette asymétrie, l'établissement de crédit cherchera à la réduire en s'informant auprès d'autres sources d'information.

644 Voir, Alain ZENNER, précité, page 715 in fine .

645 Ibidem , page 716.

646 Ibidem .

647 La réflexion est bien évidemment parfaitement transposable pour les particuliers.

648 I sabelle Bon-Garcin , « L'abus de droit dans les contrats de crédit », JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 6, 1998, page 4.

Idée que nous ne pouvons partager lorsqu'il s'agit de noter un emprunteur sur le marché. En effet, la notion d'intérêt du marché (intérêt des futurs souscripteurs) assigne aux agences de notation d'apporter une appréciation juste et objective détachée d'autres considérations.

Ainsi, des conversations avec des personnes qui connaissent le client à un titre quelconque, qu'il s'agisse de ses fournisseurs, de ses clients, des concurrents ou d'un autre banquier, peuvent apporter d'utiles indications. Néanmoins, devra-t-il savoir prendre la mesure dans laquelle la partialité ou l'intérêt peuvent inspirer leur propos. Mais, il n'en reste pas moins que leurs jugements s'avèreront probablement très précieux, en ce qu'ils permettront à l'établissement de crédit de les recouper, afin de dégager une vision globale assez proche de la réalité. Bien évidemment, cette méfiance dépendra de l'auteur du renseignement, et on peut penser à ce titre que l'information recueillie auprès d'un confrère, pour le cas d'un établissement de crédit, pourra être jugée suffisamment fiable eu égard aux usages établis dans la profession (A). En revanche, l'établissement de crédit, au même titre que l'agence de notation, devra être plus prudent pour les informations récoltées notamment auprès des fournisseurs et des concurrents qui ont plus d'intérêt dans l'octroi ou le refus du crédit (B). L'établissement de crédit, notamment, pourra alors se tourner vers un troisième type de source constitué par les fournisseurs professionnels d'informations autrement dénommés les agences de renseignements commerciaux.

A Informations recueillies auprès de la communauté bancaire.

240. Plan. L'établissement de crédit qui souhaite compléter ou confirmer les renseignements obtenus du demandeur de crédit s'orientera vers ses confrères ayant ou ayant eu une relation avec ce dernier. En effet, il a été vu que le banquier, teneur de compte, peut connaître énormément de choses de son titulaire, retraçant ainsi son honorabilité, et plus généralement sa dignité de crédit. Il n'est donc pas étonnant que le dispensateur de crédits s'informe auprès de lui. Cependant, derrière l'apparente évidence peuvent se cacher quelques difficultés. En effet, le confrère n'est jamais obligé de transmettre l'information. A-t-il même seulement intérêt à transmettre l'information, certes à un confrère, mais non moins concurrent ? Il sera alors bon de s'attacher aux fondements qui permettent la divulgation, ou autrement dit, aux fondements de la coopération bancaire. (1°). Et si la pratique bancaire fait que les établissements de crédit se transmettent des informations, il convient de s'interroger sur la nature même des informations qui peuvent être transmises, ainsi que sur le degré de précision lors de la transmission (2°). A ce titre, il sera intéressant de noter que le secret professionnel joue un rôle déterminant (3°).

1° Fondements de la coopération bancaire.

241. La conscience financière de place. Répondre à la question du fondement de la coopération bancaire revient à chercher l'intérêt, pour les établissements de crédit, de la divulgation de certaines informations concernant leur client. Là encore, on doit avouer que la coopération bancaire joue un rôle déterminant dans la sécurité du crédit. L'intérêt général⁶⁴⁹ apparaît alors comme la justification principale de ce devoir de coopération. Bien entendu, la satisfaction de cet intérêt permettra également, indirectement ou

649 Michel VASSEUR, précité, fascicule 4, page 1713, « il est de l'intérêt de l'économie de décourager ceux qui pourraient être amenés à traiter avec des commerçants aux abois ou malhonnêtes ».

directement, la protection des intérêts particuliers des établissements de crédit, à savoir : la rentabilité de leurs opérations. Il y a donc un double fondement et un double objectif à la coopération : la protection de l'intérêt général et la protection des intérêts privés. Nous ne reviendrons pas sur ces notions qui ont été développées précédemment, néanmoins nous pourrions souligner ici l'intérêt d'une telle coopération entre établissements de crédit en matière de transmission d'informations : le développement et le renforcement d'une « conscience financière de place »⁶⁵⁰. En somme, instaurer un système d'échanges d'informations entre établissements de crédit, qui permettrait une juste et saine distribution du crédit aux seules entreprises⁶⁵¹ qui ont la capacité d'assurer leur engagement, en définitive aux entreprises dignes de crédit. Ce qui nous amènera à nous interroger sur la forme que devra ou pourra emprunter cette idée.

2° Cadre de la coopération.

242. Les consortiums bancaires. Cette forme de structure a ainsi pour but de réunir un maximum d'informations sur une entreprise ou des entreprises avant même l'octroi d'un crédit. Il s'agit de réduire l'asymétrie d'information entre les différents prêteurs d'une même entreprise. Ces consortiums prendront naissance par la réunion au sein d'un même groupe des différents banquiers de l'entreprise. Il s'agit d'ailleurs, selon le Conseil National du Crédit, de construire « une forme de contrat social qui permettrait à chacun d'acquiescer, en échange d'une réduction de sa liberté de manœuvre, une plus grande sécurité, l'échange d'informations se faisant en contrepartie d'un engagement de rester solidaires »⁶⁵². Ce genre de structure sera particulièrement adapté à des banques ayant comme client une même entreprise. En effet, avant toute forme d'engagement envers celle-ci, l'établissement de crédit, qui s'appête à octroyer un nouveau crédit, obtiendra par le consortium des informations précieuses sur la situation de l'entreprise. Evidemment, rien n'empêche une banque de rejoindre ou de créer un tel consortium lors de l'octroi de crédits, même si ce n'est pas forcément le bon moment pour cela⁶⁵³. Pratiquement, au sein du groupe, pourrait être désigné un « pilote », qui serait le plus à même d'organiser la diffusion et le traitement de l'information. Par cette forme de regroupement, les établissements de crédit dispensateurs de crédit auprès de l'entreprise amélioreraient leur capacité de sélection, leur capacité d'analyse du risque. Mieux informés, mieux outillés face au risque, leur prise de décision n'en sera que plus facile et plus juste. En effet, la réunion peut aller plus loin que la simple réunion d'informations, et s'étendre également à la mise en commun d'un savoir-faire bancaire, capacité d'expertise notamment, pour les secteurs spécialisés⁶⁵⁴. Le conseil de l'Association Française des Banques avait d'ailleurs adopté le 22 septembre 1992 une Recommandation portant sur

650 Source Banque de France

651 L'idée est bien évidemment transposable pour les crédits distribués aux particuliers.

652 Conseil National du Crédit, rapport sur le risque de crédit, page 47.
précité,

653 En effet, d'après le Conseil National du Crédit, « le moment le plus adapté, pour la création d'un tel consortium, n'est pas nécessairement celui de l'octroi du crédit, ce qui pourrait faire croire à un retour néfaste à la cartellisation du crédit »,
ibidem .

la nécessité pour les banques « d'associer leurs analyses et leurs efforts » en matière de réunion d'informations. Mais toujours dans le respect du principe de confidentialité entre les différentes banques du consortium. En effet, en matière d'opérations bancaires on sait que le banquier est tenu au secret professionnel pour les opérations qu'il traite avec son client. Force est donc d'admettre que les banquiers participant au groupe ne pourront transmettre n'importe quelle information sur leur client.

243. Usages bancaires. Il est en effet déjà d'usage, entre les banques, de se communiquer des renseignements succincts, et cela à charge de réciprocité, afin d'éviter d'accorder des crédits à des personnes insolvables ou même à des personnes de mauvaise foi. Cette pratique est d'ailleurs largement admise par la jurisprudence⁶⁵⁵, à condition que la demande ne porte que sur « la position générale du client ». Les renseignements demeurent donc assez vagues, mais donnent une idée de la confiance que l'on peut accorder au client. Cette idée forme ce qu'on appelle « l'opinion de la place ». Par cette dernière, le banquier donnera une orientation générale, l'opinion de place, qui est censée traduire la dignité de crédit de l'entreprise ou de la personne visée. Schématiquement, celle-ci est alimentée par deux séries d'informations (à des degrés diversement appréciables). Une première série d'éléments est constituée par les informations juridiques et comptables (forme de la société, chiffre d'affaires etc.) sans grand intérêt car facilement vérifiable auprès du greffe ou de banques de données. La seconde catégorie de renseignements est, quant à elle, beaucoup plus riche d'enseignements. En effet, le banquier interrogé pourra révéler l'existence d'échéances difficiles, de paiements irréguliers, l'existence de protêts d'impayé. Néanmoins, les termes employés par le banquier restent relativement vagues et stéréotypés⁶⁵⁶ afin de ne pas trahir le secret professionnel. Il demeure que les termes employés sont bien connus de la profession et cette formulation, apparemment floue, est très vite décryptée par le confrère. Ainsi, la simple communication d'une appréciation telle que : « bonne compétence technique et commerciale des dirigeants » qui apparaît de prime abord plutôt favorable, laisse néanmoins planer un doute sur la compétence financière de la personne concernée⁶⁵⁷. De même que par l'expression : « habile en affaires », il faut entendre que la personne intéressée n'est pas loin de devoir être considérée comme un escroc⁶⁵⁸. Bien entendu, le degré de précision des formules employées dépendra largement des rapports que les confrères entretiennent entre eux⁶⁵⁹ (rapports fréquents ou pas), et de la prise en

654 Ibidem, pages 47 et 48.

655 Cour d'appel de Paris, 23 avril 1978, Michel Cabrillac et Jean-Louis RIVES-LANGE, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1977, page 346.

656 Jean-Pierre Delacour, précité, page 75.

657 Olivier LICHY-SEGURE, « Renseignements bancaires », précité, n° 22.

658 Michel VASSEUR, précité, page 183.

659 Les rapports seront plus faciles entre société mère et filiales ou succursales, Jean STOUFFLET, « Banque et opérations de banque en droit international », Juris-Classeur « Banque et Crédit », fascicule 120.

compte de l'intérêt du client. A ce titre, la banque sera plus ou moins discrète selon l'importance commerciale du client. Enfin, le degré de précision pourra également être influencé par l'espoir d'une réciprocité. Mais quoi qu'il en soit, le banquier interrogé ne pourra jamais révéler une information confidentielle. Reste à définir la notion de confidentialité.

244. Nature de l'information transmise. En l'absence de définition légale, c'est la jurisprudence qui a dû intervenir⁶⁶⁰ afin de préciser l'étendue de la notion. Ainsi, comme nous avons pu le dire, le banquier devra s'exprimer en des termes mesurés et réservés tout en faisant état de la situation réelle de l'entreprise⁶⁶¹. Par opposition, l'information confidentielle portera « sur des données précises, touchant à l'intimité des affaires, de la fortune ou de la vie privée ». Il s'agira des informations chiffrées sur le montant du crédit d'un compte ou le montant du découvert, sur les écritures passées en compte, sur les opérations passées avec le client : prêts octroyés, montant, garanties souscrites etc. Il s'agira également des informations touchant au secret des affaires, telles que projets d'investissement, stratégie de développement, existence de savoir-faire etc. A ces informations purement financières ou commerciales s'ajouteront les informations touchant à la vie privée, intérêts privés et moraux, tels que versements périodiques par le client fait à une personne, nature des relations avec ce tiers⁶⁶² etc. Les informations qui ne feraient pas partie de ces catégories seraient donc librement transmissibles par le banquier. Cette transmission trouverait d'ailleurs sa légitimité dans la protection de l'intérêt général, dans le souci d'assainissement du crédit⁶⁶³. Les banques devront donc être prudentes dans la transmission des informations, eu égard à ces deux intérêts opposés : secret professionnel et intérêt général. C'est pourquoi les banques devront s'exprimer en des termes mesurés et réservés⁶⁶⁴ à l'instar de la décision de la Cour de cassation du 20 octobre 1941 qui est venue dire, « que n'était pas confidentielles des indications d'ordre général formulées en termes mesurés et en tenant compte essentiellement de considérations objectives »⁶⁶⁵. Ainsi des indications faisant état d'une trésorerie courte et de difficultés avec les acheteurs⁶⁶⁶ entrent dans le cadre de la formule jurisprudentielle.

660 Olivier LICHY-SEGURE, « Les agences de rating », (1ère partie), les Petites Affiches, 4 septembre 1991, n°106, page 9 et « Renseignements bancaires », précité, n° 38 et suivants ; voir aussi Michel Vasseur, précité, notamment page 51 ; François BORDAS, « Devoirs professionnels des établissements de crédit », Juris-Classeur Banque et Crédit, fascicule 140, n° 22 et suivants.

661 Jean- Louis RIVES-LANGE, « Droit bancaire », précis Dalloz, précité, n° 816, page 749.

662 Sur l'état de la question, voir Francis-Jean CREDOT « Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », Petites Affiches, 17 février 1993.

663 Jean-Louis RIVES-LANGE, précité, n° 813, page 746 ; Jacques PIOT, « Les renseignements bancaires et le secret professionnel », in Revue de Jurisprudence Commerciale, septembre-octobre, 1977, pages 350 et 365.

664 Francis-Jean CREDOT, « Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », précité, n° 21, page 9.

666 Cour d'appel de Paris, 23 avril 1976, cité par Francis-Jean CREDOT, précité, page 10.

245. La pratique bancaire. Dans le périmètre délimité par la jurisprudence, la pratique a fait naître une série de formules suffisamment générales pour ne pas porter atteinte au secret professionnel, mais également suffisamment parlantes pour révéler la dignité de crédit du client. C'est ainsi que sont nées des expressions telles que, « gros crédit sur la place », « bon crédit », « petits crédits », « crédit à suivre », « échéances difficiles », « petite surface », « surface modeste » etc⁶⁶⁷. Les formules peuvent être ainsi multipliées tant qu'elles ne portent pas sur des éléments précis ou/et chiffrés. Il est également admis que le banquier puisse se prononcer sur la cote de crédit du client. On pourra ainsi avoir des formules telles que « bonne moralité financière », « rien de défavorable » etc. Ces formules, qui restent très générales, révèlent une certaine hypocrisie dans la révélation des états chiffrés, car celles-ci sont aussi parlantes, sinon plus, que la communication d'un simple montant de découvert par exemple. En effet, cette « opinion de place » est assise sur des informations qui sont, elles, parfaitement précises et chiffrées. Et à reprendre l'idée d'un auteur⁶⁶⁸ « j'estimerai plutôt qu'il est moins confidentiel d'indiquer des résultats qui sont au bilan, qui est publié, que de dire : c'est un bon crédit, ou c'est un mauvais crédit ». Il est vrai qu'une cote de crédit, une cote de moralité dit beaucoup, si ce n'est tout sur la capacité d'une entreprise ou d'un particulier à honorer ses engagements. Car derrière « l'opinion de la place » se cache l'appréciation du banquier sur l'affaire du client, sur sa dignité de crédit⁶⁶⁹. C'est bien plus son opinion en cohérence avec sa connaissance de la réalité économique et financière du client qu'il exprimera, plutôt qu'une appréciation des milieux économiques et commerciaux, dont nous voyons d'ailleurs mal quelle pourrait être l'assise sans intervention du banquier du client. Cette opinion est donc très importante et se suffit à elle seule. Nul besoin alors de se risquer à révéler une donnée traditionnellement intégrée dans la sphère du secret professionnel, alors que l'appréciation en résultant synthétise la somme des données confidentielles (position du compte, existence de crédit etc.) en possession du banquier. Bien évidemment, la portée et l'intérêt de cette opinion dépendront largement de la sincérité et de l'objectivité avec laquelle elle est fournie.

246. Les risques liés à la transmission des informations entre banquiers. La question se pose, car il n'est pas certain que le banquier dispensateur de renseignements soit totalement sincère et objectif dans la transmission de l'information. En effet, celui-ci peut avoir des intérêts avec son client notamment si ce dernier est son débiteur. Dans ce

665 des requêtes, 20 octobre 1941, Gazette du Palais, 1941, II, page 480 ; voir aussi dans ce sens, Cour d'appel de Chambre Paris, 6 février 1975, Dalloz, 1975, page 318, note Jack Vézian, pour lequel le renseignement doit être communiqué « avec la réserve et l'objectivité qui s'imposent, et dans les conditions et selon les usages de la profession ».

667 Sur toutes ces formules, *ibidem*, page 10 et note n° 5 ; voir aussi Jacques PIOT, « Les renseignements bancaires et le secret professionnel », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, septembre et octobre/1977, page 349 ; Dictionnaire Permanent Difficultés des Entreprises, « Risques clients », n° 19 à 21, page 1198, 1198 A.

668 Jacques PIOT, précité, page 350.

669 Voir en ce sens, Francis-Jean CREDOT, précité, page 10 ; Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Traité de droit bancaire », tome 1, éditions Litec, 1990, n° 627.

cadre, c'est une information biaisée qu'il sera tenté de fournir. Les renseignements transmis dans ce schéma pourront s'articuler autour de deux axes : d'une part, la transmission de renseignements défavorables exacts ou inexacts sur un client, et d'autre part, la révélation de renseignements favorables, mais inexacts, sur des « mauvais » clients. Dans la première hypothèse, le banquier sera pour le moins réticent à divulguer des renseignements exacts sur une entreprise en situation difficile. En effet, de tels renseignements, même s'ils correspondent à la réalité seront de nature, sinon à précipiter sa chute, au moins à défavoriser son redressement. Or, le banquier aura le plus souvent intérêt au redressement, surtout si des crédits sont en cours⁶⁷⁰. Toute différente est l'attitude du banquier malveillant qui transmet des renseignements défavorables inexacts sur un client. Tel a été le cas dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Paris du 6 février 1975⁶⁷¹, dans laquelle un directeur de banque avait transmis des renseignements négatifs sur un client, inspiré « par des considérations subjectives des plus discutables », ce dernier étant « d'autant plus tenu de s'abstenir de donner des appréciations défavorables sur d'anciens clients quelle ne pouvait savoir qu'elle était alors la véritable situation de ce dernier ». Le banquier qui recherche des renseignements sur un client devra donc être particulièrement vigilant dans le choix de son interlocuteur et devra ainsi plutôt s'adresser au banquier actuel du client. De même, qu'il devra être vigilant quant à la solidité des renseignements fournis, quoi qu'en la matière il sera difficile au banquier demandeur de déceler la malveillance de son confrère. Dans une hypothèse assez proche, le banquier pourra être tenté de transmettre à son confrère des informations rassurantes, mais pas moins inexacts, afin de protéger son propre intérêt. Il s'agira alors pour le banquier de donner des renseignements favorisant son client, qui se trouve pourtant en situation difficile, voire en situation de déconfiture. Et ce, afin de transférer les risques chez le banquier qui s'appête à fournir son crédit au client en question. Ce banquier espérant un remboursement des crédits qu'il a octroyés à l'entreprise grâce aux liquidités fournies par le second banquier⁶⁷². On s'aperçoit que l'information recueillie chez le confrère peut être, dans ces cas, loin de constituer la panacée, si celle-ci n'est pas marquée par la sincérité et l'objectivité. Une fois de plus les principes de transparence, de bonne foi⁶⁷³ et de loyauté peuvent trouver application en matière de renseignements bancaires. L'intérêt de cette source d'informations dépend donc largement des rapports entre les différents interlocuteurs. A ce titre, la participation à un consortium d'échanges d'informations serait de nature à améliorer la qualité et la sincérité des renseignements transmis. Reste néanmoins à savoir si la qualité de banquier du demandeur de renseignements peut être une cause d'extension de la divulgation des informations dites confidentielles. Voire plus, peut-on considérer que le

670 Des renseignements de cette nature ne sont-ils pas de nature à engager sa responsabilité ? La réponse à la question dépendra de l'intention de nuire ou pas du banquier. Il est certain qu'un établissement de crédit qui avertit un autre banquier que la personne qui sollicite un crédit est dans une situation financière sans issue, est probablement justifiée par le souci de protection de l'intérêt public. L'intérêt de nuire s'effacera donc devant l'intérêt d'une bonne distribution du crédit.

671 Cour d'appel de Paris du 6 février 1975, Dalloz, 1975, page 318, note Jack Vézian ; Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1975, page 345, note Michel Cabrillac et Jean-Louis RIVES-LANGE.

672 Voir, Jacques PIOT, précité, page 350 ; Francis-Jean CREDOT, précité, page 10.

banquier pourra transmettre n'importe quelle information, même confidentielle, à un autre banquier sous prétexte que lui aussi est soumis au secret professionnel ?

3° Limite à la coopération.

247. Le secret professionnel. Selon le Professeur Houin : « le secret professionnel n'est peut-être pas une obligation individuelle ; c'est une obligation presque professionnelle ; à l'intérieur de la profession, le secret peut circuler »⁶⁷⁴. C'est dire que le banquier qui se verrait interrogé sur son client par un confrère serait autorisé à divulguer n'importe quelles informations, même confidentielles. En somme, l'information étant en quelque sorte enfermée dans « un enclos professionnel » tenu au secret, celle-ci pourrait librement circuler⁶⁷⁵. Cette liberté se justifierait, notamment, par la nécessité de protéger l'intérêt supérieur du crédit⁶⁷⁶. L'idée d'un secret professionnel partagé entre banquiers paraît à première vue tout à fait acceptable et a d'ailleurs reçu un certain écho chez la jurisprudence. Ainsi, peut-on citer la décision de la Cour d'appel de Colmar⁶⁷⁷, selon laquelle : « dans l'intérêt du crédit et de l'économie en général, la profession bancaire est soumise à une réglementation et il est de pratique courante que le banquier est autorisé à donner ou se procurer à titre confidentiel des renseignements sur les personnes avec lesquelles il doit traiter ou vis-à-vis desquelles il doit prendre des engagements [...] dans le cadre de cette réglementation, l'association professionnelle des banques établit, sur les renseignements fournis par les établissements bancaires, « la liste noire » communiquée à titre confidentiel aux banques ...compte tenu, d'une part, de ce qu'une entreprise se trouvant en difficulté de règlement de ses dettes, et d'autre part, la nécessité pour les

673 Encore que le banquier peut transmettre des informations inexactes sans être de mauvaise foi, il s'agira alors d'une erreur fondée sur une mise à jour tardive de sa propre documentation. En ce sens voir, Jacques PIOT, précité, pages 350 - 351. Nous ferons néanmoins remarquer que si les informations sont consignées dans un fichier informatique, le responsable est dans l'obligation de les mettre à jour d'après l'article 36 de la loi informatique et libertés. Mais il ne s'agit là que d'une obligation de moyens. Pour apprécier le niveau de diligence du titulaire, il sera pris en compte le temps écoulé entre la transmission de l'information et la demande. Un temps trop long est favorable à démontrer la faute du banquier dans son obligation de mise à jour.

674 In Revue de Jurisprudence Commerciale, 1977, précité, page 359.

675 Dans le même sens, François Labrunie, précité, page 24 ; voir également Francis-Jean CREDOT, précité, page 10, pour lequel la question est différente lorsque les banques « échangent entre elles des informations pour leurs besoins personnels, à titre interne et à usage confidentiel ». Cette opinion étant justifiée par l'auteur par le fait que, « la banque qui reçoit l'information ne peut la divulguer à des tiers non-banquiers, dès lors qu'elle est tenue, comme la banque dispensatrice de l'information, au secret bancaire ». Voir, pour une position plus nuancée, Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, précité, n°626.

676 J. Escarra, « Principes de droit commercial », 1936, librairie du recueil Dalloz, n° 283, selon lequel, « si un banquier est informé de manière indiscutable que x, qui n'est pas un de ses clients, est à la veille d'être déclaré en faillite avise de ce fait un autre banquier auquel il sait qu'il va demander une ouverture de crédit d'un montant élevé, il cause consciemment un préjudice à x mais il évite que celui-ci compromette la solidité de la banque qu'il va solliciter, qu'il aggrave la condition de ses propres créanciers et qu'il trouble enfin le marché et porte atteinte au crédit », cité par Francis-Jean CREDOT, précité, page 11, note n° 9.

677 Cour d'appel de Colmar, 24 mars 1961, Gazette du Palais, 1961, I, Informations Rapides, page 56 et suivantes.

établissements de crédit, en période d'instabilité monétaire et d'assainissement de la situation économique, d'agir avec prudence, la mesure prise par un préposé d'une banque après protêts d'une lettre de change (d'avertir le comité des conditions de banque) ne saurait lui être reprochée » . De cette décision l'on peut retenir que les banques peuvent faire circuler entre elles des informations couvertes par le secret professionnel. Cette décision ancienne a largement été confirmée et consacrée par la législation informatique et libertés (et sa doctrine d'application) qui autorise les banques à créer des fichiers d'incidents de paiement à condition de déclaration. Dès lors, dès l'instant que l'information ne circule qu'entre établissements de crédit, l'obstacle du secret professionnel serait inopérant. Pourtant, une décision de la Cour d'appel de Paris du 8 octobre 1981⁶⁷⁸ vient contredire cette solution en admettant que le secret professionnel est applicable dans les rapports entre société mère et sa filiale. Force est donc de constater que le banquier serait tenu au secret professionnel envers un confrère, *a fortiori* s'il ne fait pas partie du même groupe. Entre banquiers, le secret professionnel pourrait être opposable, le confrère ne faisant pas partie des personnes dont le secret est inopposable *de lege lata*⁶⁷⁹ . Le banquier sollicité peut donc refuser de fournir des renseignements sur son client. Cependant, le banquier devra être très prudent quant aux motivations de son refus afin que ce dernier ne soit pas interprété comme une volonté implicite de cacher des renseignements négatifs sur le client⁶⁸⁰ . Ainsi, le banquier peut ne pas être entièrement satisfait par la réponse qui lui est apportée par son confrère, en raison de l'obstacle que peut constituer le secret, la protection de l'intérêt du client et du banquier ou en raison de la généralité des informations fournies⁶⁸¹ . Tout ceci ne peut que l'inciter à diversifier ses sources de renseignements notamment par consultation des fournisseurs ou des clients de l'entreprise, voire d'agences spécialisées dans la collecte

678 Cour d'appel de Paris, 1er octobre 1981, Dalloz, 82, l'information R apides , page 124, observations Michel VASSEUR ; sur cette question voir aussi Michel VASSEUR, « Droit et économie bancaire », fascicule 1, page 51 ; Olivier LICHY-SEGURE, « Renseignements bancaires », précité, n° 43, page 9. Dans le même sens, voir Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1995, cité par Alain GAUVIN et Olivier GOLDSTEIN, « Observations juridiques et fiscales sur la titrisation synthétique », Revue Banque Magazine, n° 638, 2002, page 39, et selon lesquels la Cour aurait fustigé la théorie du secret professionnel partagé en décidant que, « le moyen de défense invoqué par le prévenu selon lequel le confident serait lui-même astreint au secret professionnel est inopérant en l'espèce dès lors que seule importe la non-divulgaration de l'information secrète ».

679 Voir sur ces personnes ou organismes, *ibidem* , page 9, n° 47 et suivants. Cependant, l'on doit ici relever une décision de la Cour de cassation qui a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait elle-même entériné une ordonnance de non lieu pour violation du secret bancaire, aux motifs que le document (copie d'un chèque) n'avait « pas été divulgué en dehors de la sphère bancaire... ». En reprenant les motifs invoqués par la Cour d'appel, on pourrait donc admettre que la Cour de cassation aurait adhéré à la conception du secret partagé. Sur cette décision, voir legifrance.gouv.fr, Cassation criminelle, 18 octobre 2000, n° de pourvoi 99-85563. Voir également dans un sens relativement proche, Cour d'appel de Paris, 18 janvier 2002, Revue Droit Ouvrier, juillet 2002, page 356 et suivantes, note M. – F. BIED – CHARRETON.

680 Voir, Francis-Jean CREDOT, précité, page 10 ; Michel VASSEUR, fascicule 4, précité, page 1717, « Droit et économie bancaire ».

681 Sur les limites du renseignement demandé au confrère , voir J -J BURGARD, précité, page 283 ; Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 1094, a-2.

de renseignements.

B Les sources privées extérieures à la communauté bancaire.

248. Plan. Sous cet intitulé deux grands axes guideront notre réflexion. D'une part, il s'agira d'étudier l'information que l'établissement de crédit ou même l'agence de notation⁶⁸² pourra trouver chez les agences dites de « renseignements commerciaux », et d'autre part, celle qu'il pourra recueillir auprès des interlocuteurs ou partenaires de l'entreprise du client. Par la voie de ces deux autres sources, le dispensateur de crédit ou l'agence de notation pourra obtenir des informations éclairantes sur la dignité de l'emprunteur ou alors en confirmer certaines autres. Néanmoins, quelle que soit l'information à recueillir auprès de ces interlocuteurs, les décideurs devront être particulièrement prudents dans la formulation de leur demande, afin de ne pas risquer de porter atteinte aux intérêts du demandeur de crédit. De même, qu'ils devront être prudents quant à la fiabilité et la pertinence de l'information qu'ils recevront. Toutes les informations reçues ne peuvent être considérées comme sincères, car, parfois, l'interlocuteur aura un intérêt dans l'octroi ou le refus du crédit.

1° Informations recueillies auprès des agences de renseignements⁶⁸³.

249. Généralités. Il s'agit là de sociétés spécialisées dans la récolte et la diffusion d'informations économiques auprès des tiers. Le banquier pourra utilement consulter ces sources, afin de compléter son analyse de la dignité de l'emprunteur. Il est vrai que ces sociétés s'attachent à diffuser une information concernant uniquement les entreprises. Les particuliers ne sont donc pas concernés par l'activité de ces sociétés, du moins en France. En effet, aux USA, par exemple, le schéma est différent puisque ce type de sociétés⁶⁸⁴ établit pour chaque citoyen un rapport de crédit susceptible d'être communiqué au banquier s'il en fait la demande (ce qui est en général le cas). Aux États-Unis⁶⁸⁵, il est vrai que le système de collecte et de traitement des données n'est pas le même que celui de nombreux pays européens, dont la France. En effet, chaque mois, tous les fournisseurs de crédit envoient à un organisme centralisateur appelé « *credit bureau* », une bande indiquant l'état des comptes de crédit de chaque client et divers autres renseignements concernant le client. A partir de ces informations et des autres informations glanées auprès d'autres institutions ou créanciers ayant eu des rapports avec le demandeur, le bureau de crédit établit le rapport de crédit. Globalement, ce rapport contient généralement des informations sur l'identification du particulier (nom,

⁶⁸² On fera remarquer que bien souvent les agences de notation remplissent également le rôle d'agences de renseignements commerciaux. Il s'agira dans ce cas d'une consultation de fichiers internes. Bien sûr, la consultation d'un confrère n'est pas à exclure, mais reste très rare en pratique, chaque agence privilégiant ses propres sources.

⁶⁸³ Voir Olivier LICHY-SEGURE, précité, page 4 et suivants ; Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 81 et suivantes.

⁶⁸⁴ Dont les principales sont : Equifax , Experian, Trans Union , Fair, Issac.

⁶⁸⁵ Mais aussi au Canada, au Mexique, en Afrique du Sud ou même en Italie.

adresse, date de naissance, numéro de contribuable, profession, date de l'information la plus ancienne dans la base de données), les fournisseurs de crédit (nom de l'établissement, date, type de crédit, et parfois, montants accordés), les lignes de crédit (immobilier, voiture, prêts personnels etc.) avec les historiques et l'état des remboursements, des informations spéciales telles que, par exemple, les messages d'alerte à la fraude mentionnant les faits anormaux à éclaircir avant d'accorder le crédit demandé (personne décédée, code postal correspondant à une prison etc. ou même litige avec le demandeur). A partir de là, quand un particulier effectue une demande pour un crédit quelconque auprès d'un établissement de crédit, ce dernier envoie une demande de renseignements au bureau de crédit de son choix. Celui-ci lui retourne alors un rapport sur l'état des crédits du demandeur⁶⁸⁶. Toutefois le rapport peut être plus ou moins complet, et comporter une note score sur la base de laquelle (notamment) l'établissement de crédit prendra sa décision. On s'aperçoit que si en France, c'est bien l'établissement de crédit lui-même qui développe son système de *scoring*, aux USA, ce sont des institutions privées qui s'occupent de la conception des scores et du traitement des données⁶⁸⁷. Une autre grande différence est qu'en France, ces sociétés de renseignements ne traitent que de l'information sur les entreprises. C'est donc sur cette dernière catégorie que portera notre prochain développement.

250. Informations diffusées. Auprès de ces agences, le banquier pourra retirer deux genres d'informations⁶⁸⁸. D'une part, il retrouve dans cette base de données l'information légale diffusée par les différents organismes publics⁶⁸⁹, et d'autre part, une information dite « à valeur ajoutée » sur l'analyse du risque de l'entreprise. Pour ce qui est de la première catégorie d'informations, il est certain qu'elle a une utilité très relative pour le banquier, qui pourra par ailleurs s'informer auprès des sources officielles. En revanche, l'établissement de crédit trouvera un intérêt dans la seconde catégorie d'informations, qui a vocation à donner une indication plus précise quant à la solvabilité de l'entreprise. Pour illustrer nos propos, nous nous baserons sur le contenu d'une base de données qui répond à notre problématique : EIOS⁶⁹⁰. Cette banque de données allie des services

686 Concernant la diffusion du rapport, il faut préciser que le fonctionnement d'un crédit bureau fait reposer son système informatique sur le système comptable informatisé du fournisseur de crédit, sur des micro ordinateurs, et un système de traitement automatisé des demandes de crédit et des télécommunications. Après quoi, le logiciel de « reporting des crédits compare chaque élément obtenu avec la base de données clients. A partir de là, interrogé par un des utilisateurs autorisés, le système de « reporting » fait appel à la base de données, rédige automatiquement le rapport et l'envoie électroniquement en quelques secondes. Les fournisseurs de crédit envoient leurs demandes par ordinateur. Demandes qui peuvent être simples, c'est-à-dire concerner une personne, ou multiples, c'est-à-dire concerner plusieurs personnes, et dans ce cas la banque transmet sa requête sur bande magnétique. Pour d'autres précisions sur le système pratiqué aux USA, voir Charles Gaviola, « Pour maîtriser le risque, le crédit bureau », Revue Banque, n° 585, octobre 1997, page 62 et suivantes ; du même auteur, « Le crédit-scoring aux États-Unis », Revue Banque, n° 589, février 1998, page 70 et suivantes.

687 Principalement Equifax, Experian et Trans Union.

688 Voir, Dictionnaire Permanent Difficultés des Entreprises, « Risques clients », page 1198, n° 18.

689 Voir, *supra* n° 120 et suivants ; Conseil National du Crédit, rapport précité, page 43.

traditionnels de diffusion d'informations légales, informations juridiques (raison sociale, forme de la société, activité, effectif, dirigeants, existence de procédures collectives, cotation éventuelle etc.) et informations financières (chiffre d'affaires, résultats des exercices les plus récents etc.), et des indications précises quant à la solvabilité de l'entreprise. Ainsi, des informations sont délivrées sur la régularité des paiements, l'appréciation de la structure et de la situation financière, ainsi que sur la possibilité d'engager des relations avec l'entreprise. Cette catégorie de renseignements est donc susceptible d'apporter une aide précieuse à l'établissement de crédit qui ne connaît pas l'entreprise qui vient lui demander un crédit. En effet, la forme synthétique de la présentation de l'information permet de se faire rapidement⁶⁹¹ une idée sur la situation de l'entreprise, sur son honorabilité ou sa solidité financière. Bien évidemment, l'intérêt de cette source d'informations dépendra de la confiance qu'on pourra lui accorder. Or, en la matière certaines sociétés de renseignements qui diffusent de l'information sont créées à l'initiative des banques elles-mêmes, ce qui crédibilise l'information diffusée⁶⁹².

251. Pertinence de l'information. La question de la fiabilité⁶⁹³ de l'information diffusée par les agences de renseignements se pose avec acuité lorsqu'il s'agit de prendre une décision d'octroi ou de refus de crédit. Peut-on se fier totalement à l'information qui est fournie par leurs soins, ou doit-on au contraire agir avec prudence ? Certains diront que les renseignements issus des agences de renseignements commerciaux sont plus complets, et que les conclusions dégagées sont plus objectives que celles des établissements de crédit⁶⁹⁴. En effet, d'après ces mêmes personnes, les établissements de crédit supportant en dernier ressort le risque d'impayé, leur appréciation serait plus sévère qu'elle ne devrait. C'est pourtant sur la base d'un manque d'objectivité des informations que la Cour d'appel de Paris⁶⁹⁵ a condamné une société de renseignements commerciaux. En l'espèce, il s'agissait d'apprécier si la présentation des données, en soi exacte, avait été telle qu'elle était constitutive d'un préjudice négatif. Au rapport de renseignements apparaissaient trois informations essentielles : d'une part, l'existence d'une position financière « faible », d'autre part, une situation antérieure marquée par l'intervention d'une mesure de caractère exceptionnel (règlement judiciaire

690 Voir, Jean-François ECHARD, « Une banque de données bancaires : EIOS », Gazette du Palais, 1994, 1, page 116.

691 Et à moindre coût, puisque la consultation se fait par voie télématique, ce qui revient pour l'établissement de crédit à payer le prix d'une communication minitel.

692 Ainsi, la banque de données EIOS est elle-même issue d'une association du groupe O. R et du Crédit Lyonnais « Une banque de données bancaires : EIOS », précité ; voir aussi Michel VASSEUR, précité, fascicule 4, page 1718.

693 Sur ce point, voir François SAUVAGE, « L'information comptable et financière et le risque de crédit aux entreprises », Revue d'Economie Financière, 1997, n° 41, page 74 et suivantes.

694 En ce sens, voir Olivier LICHY-SEGURE, « Les agences de rating », précité, page 6.

695 Cour d'appel de Paris, 28 mars 1991, S.A Acmon La Jonchère contre SA Dun et Bradstreet France, JCP(E), 1991, panorama, II, n° 484, page 175.

et concordat), et enfin la mise en question de son crédit par l'emploi du terme « prudent ». Or, c'est sur l'emploi de ce terme qu'a été sanctionnée la société de renseignements. La Cour a estimé que la double indication du règlement judiciaire et de l'obtention du concordat suffisait sans qu'il fût nécessaire d'insister particulièrement sur une « prudence » correspondant inévitablement à une défiance. En effet, la prudence conseillée en matière d'octroi de crédits présentait en l'espèce un caractère de réelle gravité, non tant dans la teneur littérale de la formule, mais du fait de l'insistance qu'elle comportait. Cette insistance conduisait inévitablement les partenaires normalement diligents à écarter le principe même de l'octroi d'un crédit. Selon la Cour, le dépassement de la révélation de l'information objective (existence d'une procédure et d'un concordat) était de nature à porter atteinte au crédit de la société. Force est donc d'admettre que l'appréciation sévère n'est pas l'apanage des établissements de crédit. On ne peut donc pas dire que l'information diffusée par les agences de renseignements soit plus objective que celle diffusée par le confrère banquier. En revanche, peut-être sera-t-elle plus précise en ce qu'elle révélera l'existence ou non d'une procédure collective, d'incidents de paiement... Ce que ne relèvent pas les banques, celles-ci, comme nous l'avons dit, se contentent de fournir un commentaire général sur la situation de l'entreprise. L'établissement de crédit peut donc trouver chez ces sociétés, une information intéressante quant à la dignité de crédit du demandeur de crédit. Cependant, là encore, il devra être prudent dans la réception et l'interprétation de l'analyse qui lui sera fournie par l'agence de renseignements. Cette prudence pourra aller jusqu'à la recherche de la confirmation des éléments transmis, tant il est vrai que l'agence n'est pas à l'abri de transmettre une information incomplète ou inexacte⁶⁹⁶. Ceci doit encore inciter le dispensateur crédit à ne pas se fier à une seule source et à vérifier, diversifier ses recherches, par l'utilisation d'autres canaux d'informations. Dans cette optique, l'appel aux partenaires de l'entreprise pourra s'avérer fort utile dans la détection des éléments de la dignité du demandeur.

2° Les informations recueillies auprès des partenaires du client.

252. Diversité des acteurs. Le demandeur de crédit n'évolue jamais seul dans son environnement. Celui-ci est amené à nouer des contacts avec d'autres personnes. Dès lors, qu'il ait affaire à une entreprise ou à un simple particulier, l'établissement dispensateur de crédit, ou l'agence de notation dans le cadre de l'évaluation du risque, est susceptible de trouver une source d'informations parmi les personnes qui ont noué

696 A ce titre, le banquier est en droit d'engager sa responsabilité contractuelle de l'agence (étant liée à son client par un contrat de fourniture de renseignements). Mais il devra prouver une faute dans la fourniture des renseignements par la société, cette dernière n'étant tenue qu'à une obligation de moyens. En effet, celle-ci doit déployer tous les moyens dont elle dispose pour fournir l'information la plus exacte possible, sans être tenue d'en garantir l'exactitude. En ce sens, voir Cour d'appel de Lyon, 27 octobre 1971, JCP (G), II, 17012, note René SAVATIER. Le refus de faire peser une obligation de résultat sur l'agence est lié au caractère mouvant de l'information ainsi qu'à la difficulté de se la procurer. Ce risque de mise en responsabilité, l'agence l'encourt également des renseignements sont donnés. Il s'agira d'une responsabilité délictuelle en cas de fourniture de renseignements inexacts ou incomplets, voire en cas de fourniture de renseignements exacts mais diffamatoires. Voir sur le problème de la responsabilité des agences de renseignements, Olivier LICHY-SEGURE, précité, page 18 et suivantes ; Jérôme HUET, Revue trimestrielle de droit civil, 1984, pages 516, IV, n° 7.

des liens avec le demandeur de crédit, et ce à quelque titre que ce soit. Ainsi, pourra-t-il s'agir indistinctement des fournisseurs de l'entreprise ou du particulier, des clients et des concurrents de l'entreprise, voire du notaire ou de l'huissier.

a./ Les fournisseurs du demandeur.

253. Liminaire. Si, *a priori*, il peut paraître relativement décalé ou insolite de parler des fournisseurs du client particulier, la réalité démontre que ce dernier est bien au contraire en contact avec des fournisseurs d'électricité, de gaz, de téléphone susceptibles d'informer le banquier sur la régularité de ses paiements. En effet, certains organismes spécialisés dans le crédit à la consommation ont su développer des relations avec ces fournisseurs afin de préciser la situation des clients à leur égard. C'est pourquoi nous nous proposons d'étudier cette source particulière d'informations concernant le crédit aux particuliers.

254. Fournisseurs du particulier. Il s'agit là d'une source d'informations inhabituelle pour les dispensateurs de crédit, c'est d'ailleurs pour cette raison que seuls les établissements spécialisés dans le crédit à la consommation y ont recours. Il est certain que c'est au client de fournir les éléments concernant les charges qu'il doit périodiquement supporter. L'établissement de crédit n'aurait donc aucun intérêt à s'informer auprès des fournisseurs du demandeur. Pourtant, nous avons observé⁶⁹⁷ également que l'emprunteur (ou le prescripteur) n'est pas toujours disposé à dire la vérité sur ce plan. Mais, bien plus qu'un indicateur de l'état d'endettement de l'emprunteur, c'est un moyen de connaître la moralité dudit emprunteur que les établissements de crédit ont voulu développer. En effet, savoir que la personne paye X euros de factures d'électricité et de gaz est certes important dans la détermination de son endettement, mais savoir s'il paie régulièrement et sans incidents ces mêmes factures est autrement plus édifiant quant à la détermination de sa dignité de crédit. Quel établissement de crédit, normalement diligent, se risquerait à prêter de l'argent, quel que soit le montant et la durée du crédit, à une personne qui peine à honorer ses factures de la vie quotidienne ? L'accès de l'établissement de crédit à cette source d'informations est donc un atout supplémentaire pour l'appréciation de la dignité de crédit de l'emprunteur. Reste à savoir quelle forme emprunte l'accès à ces renseignements. C'est par le truchement de contrats de coopération que des établissements tels qu'EDF/GDF ou France-Télécom sont amenés à fournir l'accès à leurs fichiers à certains établissements financiers⁶⁹⁸. Le but est de savoir si le demandeur qui se présente à eux connaît, ou à connu récemment, des incidents de paiement chez eux ou des retards de paiement. Néanmoins, aussi pertinente que puisse être cette source d'informations⁶⁹⁹, l'on peut se demander si cette voie d'information n'est pas constitutive d'une récolte illicite d'informations telle que

⁶⁹⁷ *Supra* n° 223.

⁶⁹⁸ Ainsi, la société financière CETELEM a recours à ce type de circuit pour s'informer, selon un responsable client de cet organisme.

⁶⁹⁹ Rappelons ici que l'erreur est toujours possible, homonymie par exemple, et que les principes déjà vus liés au droit à l'oubli, à l'exactitude etc. des renseignements, trouvent ici application.

sanctionnée par la loi informatique et libertés ⁷⁰⁰. Interrogation que l'on ne pourra renouveler s'agissant, cette fois, des entreprises personnes morales.

255. Fournisseurs, clients et concurrents de l'entreprise ⁷⁰¹. Interroger le fournisseur de l'entreprise permet de révéler certaines difficultés dans le paiement des fournitures. En effet, des paiements réguliers et sans incidents peuvent préjuger d'une bonne santé financière de l'entreprise, tandis que des retards de paiement sont toujours sujets à caution quant à la capacité ou la volonté de l'entreprise à honorer ses engagements. De même qu'interroger les clients (les plus importants) permettra de connaître la qualité et la ponctualité des livraisons, ce qui peut toujours être un indice de la moralité, du sérieux et de la compétence des dirigeants dans les objectifs qu'ils se sont fixés. De même que se renseigner auprès des concurrents donnera aux banques une idée de la place qu'occupe l'entreprise dans la profession (qualité de la fabrication, valeur des dirigeants et opinion que l'on a d'eux sur la place). Cependant, si les informations, aussi anodines soient-elles, que l'établissement de crédit peut retirer des conversations avec les partenaires et les concurrents de l'entreprise permettent d'établir des recoupements entre des informations aptes à révéler une certaine dignité de crédit, le banquier devra néanmoins être prudent, et ce à un double égard. D'une part, cette information est sujette à caution ⁷⁰², car, en effet, les protagonistes peuvent avoir intérêt à donner une bonne image de l'entreprise, ou au contraire à ternir sa réputation. Ainsi, le fournisseur n'a-t-il pas intérêt à ce que son client obtienne un crédit, ce qui lui permettrait de toute évidence de mieux honorer ses engagements envers lui ? Ceci devrait l'inciter à fournir une information, si ce n'est fautive, au moins optimiste, mais d'une objectivité fort douteuse ⁷⁰³. A l'inverse, le concurrent n'a-t-il pas intérêt au refus du crédit ? Ceci pourrait mettre l'entreprise en difficulté, et à l'extrême aboutir à terme à sa disparition. Ceci devrait alors l'incliner à fournir des renseignements négatifs ou pessimistes sur la situation de l'entreprise et son avenir dans la profession. Cet éventuel manque d'objectivité des informations issues de ces sources doit inciter le banquier à une grande prudence. Prudence d'autre part, quant à la formulation de la demande envers le tiers, et ce afin de ne pas jeter le doute ou la suspicion sur la situation de l'entreprise. C'est précisément la question qu'a dû traiter la Cour de cassation dans l'affaire Rodilhat et autres contre société Lyonnaise ⁷⁰⁴. En l'espèce, une banque, distributrice de crédit, s'était adressée à des débiteurs de son client, afin de s'assurer de leur état d'engagement envers ce client.

700 Nous avons déjà vu ^{supra} n° 144, que l'information récoltée auprès d'un tiers n'ouvrait pas droit à information pour la personne visée et pouvait donc être valablement récoltée et utilisée sans l'accord de la personne. Néanmoins, cette dernière ne doit pas s'être auparavant opposée à la communication de l'information par le fournisseur.

701 Voir sur ce point, Olivier LICHY-SEGURE, précité, page 9 ; Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 1094, 2° a-1 ; Jacques FERRONNIERE, précité, page 197, n° 192 ; Georges PETIT - DUTAILLIS, « Le risque de crédit bancaire », précité, page 68, n° 54 et 55.

702 Jean-Pierre DESCHANEL, précité.

703 « Lorsqu'ils (les tiers) participent au milieu professionnel, et détiennent des informations... ils n'en font pas toujours part au banquier. La solidarité professionnelle joue, comme aussi la réticence à déflorer le secret des affaires », ^{ibidem}.

Les juges du fond ont considéré qu'une telle investigation constituait l'exercice normal du droit de s'informer, le client ayant remis à la banque des factures et des effets. La Cour de cassation approuva cette analyse considérant ainsi comme légitime, au regard des circonstances, les vérifications entreprises. Nous pouvons donc retenir de cette solution que la recherche d'informations auprès des tiers est légitime, mais que le banquier doit être suffisamment prudent afin de ne pas éveiller la suspicion chez les partenaires de l'entreprise. En effet, on peut très bien imaginer un banquier trop bavard qui justifierait sa demande par un doute qu'il aurait sur la solvabilité de l'entreprise. L'information provenant du banquier, dont on sait la place privilégiée qu'il tient en matière d'informations sur les risques d'entreprises, ne ferait qu'inquiéter d'éventuels clients et indirectement porterait atteinte au crédit de l'entreprise. Les conséquences pourraient être fâcheuses pour l'entreprise, qui pourrait se voir privée de délais de paiement par ses fournisseurs et la précipiter dans une phase de crise financière. Le risque de dégrader la situation de l'entreprise existant, l'établissement de crédit devra être particulièrement prudent et ne laisser deviner à son interlocuteur aucun signe positif ou négatif sur la situation réelle de l'entreprise, et ce d'autant plus qu'une telle maladresse pourrait bien l'entraîner sur le terrain de la violation du secret professionnel⁷⁰⁵.

b./ Les autres sources de renseignements.

256. Huissiers et notaires. Enfin, le banquier pourra rechercher l'information auprès d'autres personnes ayant eu à traiter avec l'entreprise ou le particulier, parmi lesquelles on retrouvera les officiers publics, tels que notaires et huissiers de justice. Ainsi, les huissiers peuvent fournir des informations sur l'existence de protêts, d'assignments en paiement, de saisies... concernant l'entreprise ou même un particulier. En donnant de telles indications sur l'entreprise notamment, sur le crédit dont elle jouit sur la place, l'huissier permettra au banquier de se documenter sur un aspect de la moralité du demandeur : les retards dans les paiements peuvent provenir, en dehors des causes financières, « d'un esprit de chicane dangereux »⁷⁰⁶. On notera toutefois que les informations détenues par l'huissier sont assujetties au secret professionnel et que de ce fait, ce dernier ne peut tout révéler au banquier⁷⁰⁷. La même obligation peut d'ailleurs être formulée à propos de l'information que le banquier chercherait à obtenir du notaire du

704 Cassation commerciale, 31 mai 1994, Revue des Sociétés, 1995, page 496, note Jean STOUFFLET ; JCP (E), 1996, I, page 525, IV, n° 12 ; Didier Valette, « Conventions de crédit : règles communes », Juris-Classeur « Banque et Crédit », fascicule 500, mises à jour, 8, 1996, n° 43, page 1.

705 Voir *supra*, n°247.

706 Georges PETIT - DUTAILLIS, « Le risque du crédit bancaire », précité, n° 53, page 68.

707 A moins là encore de considérer qu'entre personnes soumises au secret professionnel, l'information confidentielle puisse circuler librement. En admettre l'idée serait limiter considérablement la portée du secret professionnel. En effet, pourquoi alors ne pas transmettre l'information au médecin, à l'avocat... et inversement. Force serait d'admettre que l'esprit du secret professionnel serait totalement dénaturé. L'idée semble donc à exclure. On peut admettre que des informations confidentielles puissent circuler dans une même profession, il ne devrait pas en être de même pour les informations confidentielles susceptibles de circuler entre professions différentes.

client. Le banquier a tout intérêt à interroger le notaire afin de se procurer les éléments d'information relatifs à l'état de fortune du client (immobilière ou mobilière) ainsi que les charges le grevant (sûretés, hypothèques, garanties de toutes sortes...). Quant à la moralité, surtout lorsqu'elle ne sera pas exempte de tout reproche, le notaire évitera de s'engager, s'agissant d'un de ses clients. Mais, le banquier devra sentir les nuances, les réticences dans les propos du notaire afin de se forger une opinion sur la situation réelle du client (entreprise ou particulier). Le demandeur de crédit qui n'a rien à se reprocher pourra d'ailleurs relever le notaire du secret professionnel, ce qui sera probablement un signe d'une bonne dignité. En effet, si sa situation est solide, il aura tout intérêt à ce que la banque connaisse cette situation. A l'inverse, le refus de délivrer le notaire du secret professionnel pourra être un signe négatif, car comme nous l'avons dit, le silence sur sa situation, le manque de transparence, ne profite guère à l'emprunteur.

3° Les informations recueillies auprès de la presse.

257. Actualité des renseignements. C'est là une source d'informations supplémentaire pour le banquier qui s'apprête à octroyer un crédit à une entreprise de grande taille. En effet, pour les plus petites, l'information se fait plus rare. Néanmoins, on peut parfois y trouver des indications intéressantes quant à d'éventuelles défaillances ou difficultés dans des contrats importants. En revanche, pour les grandes entreprises, la presse, qu'elle soit nationale ou locale, générale ou spécialisée, est riche d'informations de terrain et d'informations qualitatives, en particulier sur la stratégie et les résultats de l'entreprise. De même, le banquier pourra y trouver des informations sur un éventuel projet de licenciement économique ou de cession d'activité⁷⁰⁸ évoqués sous forme de rumeurs dans un journal local. Ces éléments pouvant constituer de précieux indicateurs quant à l'évolution de la situation financière de l'entreprise. La liste n'est évidemment pas exhaustive quant aux informations utiles que la banque pourra recueillir dans la presse, celle-ci ayant le mérite de véhiculer une information de première fraîcheur. Cependant, là encore, banquiers comme agences de notation devront être prudents et ne pas toujours prendre les rumeurs au pied de la lettre. Cette source ne peut donc que servir de base de confirmation à une information déjà en sa possession ou ne servir qu'à inciter nos protagonistes à rechercher la confirmation de ce qu'ils ont lu.

258. Conclusion : une information brute. Néanmoins, quel que soit le canal d'information, il n'aura, bien souvent, pour objet que de transmettre une information brute. Dès lors, le banquier ou l'agence de notation, se fierà très rarement à une seule source⁷⁰⁹, et cherchera à les combiner, les traiter, afin d'aboutir à une appréciation d'ensemble révélatrice de la dignité de l'emprunteur. Nous connaissons déjà l'analyse classique utilisée par les établissements de crédit pour étudier cette dignité : analyse financière pour les entreprises et analyse budgétaire ou du taux d'effort, notamment, pour les particuliers.

708 L'existence d'un projet de licenciement ou de cessation d'activité d'une branche d'un groupe n'est pas forcément à analyser comme un signe de mauvaise santé. En effet, elle est souvent regardée comme un signe positif par les investisseurs, notamment boursiers.

709 Sauf peut-être à la cotation de la Banque de France.

Ces techniques qui ont fait leurs preuves restent encore très largement utilisées, notamment pour les crédits à long terme et par les agences de notation. Cependant, les établissements de crédit, notamment, ont su, en parallèle, développer d'autres techniques, telles que la technique du crédit-scoring, aptes à ressortir de façon synthétique un jugement sur la dignité de l'emprunteur à partir de la masse d'informations récoltées par ailleurs. Ces nouvelles techniques, comme nous le verrons, doivent leur efficacité à l'utilisation de l'appareil informatique, qui permet leur mise en oeuvre et leur fiabilité. C'est à ce traitement de l'information que nous allons consacrer notre prochain développement.

TITRE 2 LE TRAITEMENT DE L'INFORMATION.

259. Nécessité du traitement de l'information. En possession d'un maximum d'informations sur la situation de l'emprunteur, le banquier ou l'agence de notation devra s'attacher à déterminer les critères déterminants de la dignité de crédit du demandeur, et ce afin de se forger une opinion sur celle-ci. Mais il faut admettre que l'établissement de crédit ou l'agence de notation ne pourra établir une vue synthétique sans faire appel à des techniques permettant d'aboutir à cette appréciation d'ensemble. C'est une chose que d'avoir en sa possession les informations nécessaires à l'analyse de la dignité, c'en est une autre de les organiser, les croiser afin de dégager un jugement sur la capacité de remboursement du crédit demandé. Le banquier et/ou l'agence de notation ont donc dû développer des techniques d'analyse permettant d'isoler les critères déterminants de la dignité de crédit aptes à révéler une juste appréciation de la dignité du demandeur de crédit. Si, jusqu'à une date récente, les méthodes traditionnelles d'analyse du risque étaient seules présentes, le développement du crédit à la consommation, notamment de la vente à tempérament, a entraîné une évolution des techniques de sélection de la clientèle. En effet, à la demande de masse en crédits à la consommation, il fallait répondre avec rapidité, sous peine de perdre le client. C'est pourquoi, en marge des techniques traditionnelles d'analyse de la dignité, s'est développée la technique du crédit-scoring. Cette méthode devra permettre une analyse juste et rapide de la dignité du demandeur. Dès lors, par souci de comparaison, il nous est apparu opportun d'analyser dans un premier temps les techniques traditionnelles d'analyse du risque (chapitre 1), et ce aussi bien pour les particuliers que pour les entreprises, pour dans un second temps étudier la méthode du crédit-scoring (chapitre 2).

CHAPITRE 1 TRAITEMENT DE L'INFORMATION PAR L'ANALYSE TRADITIONNELLE.

260. Plan. Les méthodes d'évaluation étant largement différentes pour les entreprises et pour les particuliers, il conviendra d'opérer une distinction entre, d'une part, les techniques

d'analyse propres à l'entreprise (section 1) et d'autre part, celles adaptées à l'étude du risque des particuliers (section 2).

SECTION 1 Analyse dans le cadre du crédit aux entreprises.

261. Les risques de l'entreprise. Le banquier ou l'agence de notation qui s'apprête à fournir un crédit à l'entreprise, ou à fournir une notation du risque, doit, avant de prendre toute décision, analyser le risque auquel elle se soumet. A ce titre, les informations recueillies jusqu'à présent serviront de base à l'analyse de ce risque. Mais, celles-ci demeurent, au stade de la récolte, à l'état brut⁷¹⁰. Reste que celles-ci doivent permettre de répondre à un certain nombre de questions, ou plutôt à un certain nombre de risques. Car en effet, il est traditionnellement admis⁷¹¹ que le banquier supporte trois types de risques : le risque général, le risque professionnel et le risque de l'entreprise. Les deux premières formes de risques (I), que nous développerons à titre liminaire, n'appellent pas de remarque particulière et ne font pas appel à des techniques d'analyse spécifiques. Pour ce qui est du troisième risque, celui lié à l'entreprise elle-même, il amène beaucoup plus de développements. En effet, si le risque est d'abord assumé par l'entreprise, elle le partage avec le banquier⁷¹² dès lors qu'elle fait appel à lui. Il devient alors primordial pour le banquier ou l'agence de notation d'appréhender la nature de ces aléas avant d'accorder son soutien financier ou sa note à l'entreprise. Dans cette optique, le banquier, spécialement, a dû mettre au point des instruments de mesure pour jauger de la situation économique et financière de l'entreprise, même si lesdits instruments n'éliminent jamais totalement le risque. Ce qui fait dire à beaucoup que son intervention relève « presque toujours du domaine d'un certain pari »⁷¹³. Cependant, si le but des techniques développées, par le banquier notamment, n'est pas d'éliminer le risque totalement, il est d'apprécier au plus juste la situation de l'entreprise afin de réduire à la portion congrue les risques liés à l'entreprise. Or, dans cette optique l'instrument traditionnel et privilégié demeure l'analyse financière de la situation de l'entreprise (II).

I Le risque général et le risque professionnel.

262. Plan. Ces risques résultent de facteurs externes à l'entreprise et peuvent ternir, soit à la situation politique, économique ou sociale (A), soit à la profession, au secteur d'activité dont relève l'entreprise (B).

⁷¹⁰ Sauf pour la cotation Banque de France

⁷¹¹ Voir dans ce sens, J -P DELACOUR, fascicule I, page 63 et suivantes ; Jean Pierre BERTREL, « Relations entreprises-banques », édition Francis LEFEBVRE, Paris, 1992, n° 1020 ; Michel VASSEUR, précité, page 175 ; Georges PETIT - DUTAILLIS, « Risque du crédit bancaire » précité, page 148 et page 187 et suivantes ; J -J BURGARD, précité, page 276 et suivantes.

⁷¹² Ou les souscripteurs d'obligations dans le cas d'un emprunt émis sur le marché.

⁷¹³ Alain BIZOT, « La pratique bancaire française en matière de financement sur le marché intérieur », Banque éditeur, 1985, page 13.

A Risques politiques, économiques et sociaux.

263. Imprévisibilité. A l'heure de la mondialisation ces risques ne sont pas à éluder. En effet, ceux-ci proviennent de phénomènes de grande ampleur, pouvant atteindre tout un pays, voire plusieurs. Ainsi, peut-on y ranger le risque lié aux événements naturels, tels qu'inondations, sécheresses⁷¹⁴ qui peuvent gravement sinistrer l'activité économique d'une région donnée et mettre en difficulté les entreprises s'y trouvant. Malheureusement, le banquier ne peut prévoir à l'avance ce genre d'événements, et se trouvera donc bien souvent devant le fait accompli. Pourrait-il refuser son crédit à une entreprise, par exemple exploitant agricole, qui se trouve fréquemment touchée par les éléments naturels ? Rien ne l'interdit, cependant le refus serait assis sur un fondement plutôt fragile. En effet, une entreprise pourra être touchée maintes fois sur une période, et ne plus l'être pendant de très nombreuses années. Le refus devient alors injustifié et la motivation obsolète. Les conditions naturelles aléatoires ne peuvent donc servir de base à un refus de crédit. Seule la permanence des situations pourrait devenir un paramètre de la décision du crédit. Mais outre ce risque, des facteurs dits politiques peuvent avoir une influence notable sur l'avenir de l'entreprise. Par facteur politique on peut entendre politique douanière, fiscale, pétrolière, de matières premières etc. Toute décision sur ce point peut avoir des conséquences sur la situation des entreprises dans plusieurs secteurs d'activité. Ainsi, peut-on citer, à titre d'exemple, les crises pétrolières de 1973 et 1979 qui ont fait augmenter considérablement le prix de la matière première, mettant en difficulté bon nombre d'entreprises très dépendantes de l'approvisionnement en énergie, notamment le secteur automobile. En revanche, elles ont eu des répercussions largement positives sur les secteurs innovants liés aux énergies de remplacement. Mais là encore, cette forme de risques peut difficilement être prise en considération lors de la décision de prêt, celui-ci ayant également comme caractéristique son imprévisibilité, et ce d'autant plus que souvent ce type de crise provient de l'étranger. A ces risques là, il faut ajouter les risques liés à la conjoncture économique proprement dite. Ainsi, en période de crise économique la plupart des entreprises connaissent des difficultés commerciales et financières. La crise peut d'ailleurs s'exercer à plusieurs niveaux, niveau mondial ou local, concerner tous les secteurs d'activité ou quelques-uns seulement. Ainsi, à titre d'exemple, peut-on citer l'activité de la construction ou de l'immobilier, secteur sensible par excellence. En effet, ces activités, fortement corrélées, subissent fréquemment des périodes de récessions⁷¹⁵ durant lesquelles beaucoup d'entreprises immobilières (de construction ou de négoce) disparaissent ou se trouvent en difficulté. Mais ces périodes sont généralement suivies de phases d'expansion. Pour ce type de risques, le banquier dispose de services spécialisés dont l'objectif est de prévoir ces phénomènes cycliques. L'information ainsi acquise doit permettre une meilleure décision finale et permettre d'éviter l'octroi de crédits à des entreprises situées dans un secteur où le risque est trop élevé. Mais ceci n'est pas chose facile et outre les risques déjà énoncés⁷¹⁶, le banquier, ou même l'agence de notation, doit également faire face aux risques issus du secteur

714 J. -J. BURGARD, précité, page 276.
ean Jacques

715 Ibidem, page 278.

d'activité de l'entreprise ou, autrement dit, le risque professionnel.

B Le risque professionnel ⁷¹⁷ .

264. Difficulté de prévision. Traditionnellement le risque professionnel ou corporatif réside essentiellement dans les brusques changements qui peuvent modifier les conditions d'exploitation d'un commerce ou d'une industrie. Ils peuvent tenir à l'évolution du marché, à l'évolution de la mode qui peut se traduire par une désaffectation de la clientèle pour certains produits ⁷¹⁸ . Ils peuvent également résulter d'incidences conjoncturelles difficilement prévisibles. Ainsi, le risque professionnel pourrait tenir à une pénurie de matières premières empêchant une production rentable, à l'effondrement des prix ou même à des évolutions techniques bouleversant les procédés de fabrication ou le marché de certains produits. Ces changements liés au secteur d'activité de l'entreprise, à son environnement proche, peuvent avoir des conséquences néfastes ou positives sur l'activité d'une entreprise. Or, le banquier ou l'agence de notation, avant d'accorder ou non sa confiance, de procéder à son évaluation du risque, devra bien intégrer l'environnement dans lequel l'entreprise évolue. En effet, ces changements peuvent compromettre la solvabilité des entreprises dans certaines branches d'activité. Le métier du banquier, susceptible de s'engager avec une entreprise, sera alors de suivre l'évolution des secteurs, afin de diminuer le risque de prêter à une entreprise qui se situe dans un secteur fortement touché par une crise ⁷¹⁹ , fortement sujet au phénomène de mode ou à l'évolution technologique. Néanmoins, s'il est vrai que le banquier a vocation naturelle à prêter à toutes les entreprises industrielles et commerciales, quelle que soit la branche d'activité, à reprendre un auteur, « il ne saurait prétendre à une qualification technique et commerciale universelle lui permettant de cerner les risques divers, conditionnant pourtant la bonne fin de ses crédits » ⁷²⁰ . Cette remarque est d'autant plus exacte, qu'actuellement, au risque que nous avons dit traditionnel, s'ajoute une nouvelle forme de risque, liée aux éventuelles activités polluantes d'une entreprise. Ce risque est

716 Auxquels il faudrait ajouter les risques dits sociaux dont les risques d'émeutes, de pillages et plus sûrement en France, le risque de grèves, qui peut avoir des effets préjudiciables sur l'entreprise si ces grèves s'éternisent : perte de clients, de marchés ⁷¹⁶, qui sont autant d'éléments négatifs pour la décision de crédit.

717 Voir sur ce point, J ^{-J} ^{ean} ^{acques} **BURGARD**, précité, page 278 ; Jean-Pierre **BERTREL**, précité, n° 1020 ; J ^{-P} ^{ean} ^{ierre} **Delacour**, précité, page 65 ; Michel **VASSEUR**, précité, page 176 ; J ^{acques} **FERRONNIERE**, précité, n° 174.

718 Voir, pour des exemples, Michel **VASSEUR**, précité, page 176.

719 Ainsi, la crise de l'immobilier a affecté sévèrement les USA puis le Canada, l'Angleterre et en 1991-1992 la France. De même que la crise européenne du bâtiment a entraîné une des principales faillites bancaires allemande en 1982 ; voir Jean ^{-J} ^{ean} ^{acques} **BURGARD**, précité, page 278.

720 Jean-Pierre **DESCHANEL**, précité, page 1091. L'auteur illustre d'ailleurs son propos en prenant l'exemple du secteur de la construction et des travaux publics. Ainsi, dit-il, « parmi les risques, difficilement prévisibles, chiffrables et analysables par le banquier, l'on peut citer le risque technique (conception, procédés et matériaux...), les aléas de l'adjudication, la durée des contrats... sans parler des erreurs de gestion (mauvaise estimation des difficultés, des travaux...)... ».

celui qui « affecte tout financement accordé à une entreprise industrielle dont l'activité est susceptible de nuire à l'environnement et dont la situation financière peut être compromise par la mise en œuvre de la réglementation existante ou future »⁷²¹. Concrètement, le respect des normes en matière d'environnement devrait entraîner des coûts supplémentaires réduisant d'autant les marges bénéficiaires ou le rendement des appareils productifs⁷²². Or, il faut reconnaître qu'en ce domaine, le banquier est incompétent. Il existe donc une limite au savoir du banquier qu'aucune méthode d'analyse ne pourra combler⁷²³. Certes, il pourrait faire appel à des spécialistes, mais le temps⁷²⁴ et le coût de telles investigations constituent souvent des obstacles quasi insurmontables, rappelons à cet égard que le banquier n'en doit pas moins assurer la rapidité des transactions. Le banquier ou l'agence de notation, à défaut d'indications précises sur ces points, aura néanmoins conscience que ces risques existent et qu'ils devront être pris en compte dans la décision finale. A reprendre le Doyen Jean Stoufflet, parlant du risque écologique, ce risque pourrait bien être pris par le dispensateur de crédit « comme élément de la *Kredit Würdigkeit* d'une entreprise »⁷²⁵. Il semble donc que la meilleure méthode d'évaluation de la dignité de crédit au regard des différents risques évoqués demeure une bonne information auprès des diverses sources que nous avons pu étudier jusqu'à présent ou auprès d'experts. Ce manque de techniques propres à l'analyse du risque professionnel et économique par le banquier ne se retrouve heureusement pas lorsqu'il s'agit d'étudier la situation particulière de l'entreprise, notamment concernant sa situation financière, où la compétence du banquier en matière d'analyse financière trouve pleinement à s'exercer.

II Le risque particulier à l'entreprise⁷²⁶.

265. Dualité du type de critères à appréhender. Ce risque est celui qui est intrinsèquement lié à l'entreprise, sans prise en considération des éléments extérieurs qui dépasseraient le cadre de l'affaire étudiée. Ce risque est donc fonction de plusieurs paramètres qui touchent directement la situation de l'entreprise. Car s'il est vrai que le crédit repose sur la confiance, le banquier, notamment, ne peut agir à l'aveuglette, et

721 Jean STOUFFLET, « Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes », in mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaeghe, Bruylant (Bruxelles), 2000, n°4, page 691

722 Ibidem, n°7 et 8, page 692.

723 Mais dont l'apparition des rapports d'audits d'environnement, pour les risques écologiques notamment, devrait atténuer les effets négatifs. Ibidem, n°9 et 10, page 693.

724 Jean-Pierre DESCHANEL, page 1092.

725 In mélanges, précité, n°29, page 701

726 Voir, Jean-Pierre BERTREL, précité, n° 1025 et suivants ; Jacques FERRONNIERE, précité, n° 173 ; Michel VASSEUR, Jacques Delacour, précité, page 66 ; Georges PETIT - DUTAILLIS, « Le crédit et les banques », page précité, page 177 ; Jean Pierre Delacour, précité, page 108 et suivantes.

consentir un crédit ou noter une entreprise sans avoir minutieusement étudié la situation de l'entreprise, il ne s'agit donc pas d'une confiance *a priori*, mais d'une confiance calculée sur la base d'éléments ressortis de l'affaire du client et de sa personnalité. Cette confiance qui emportera la décision ou la notation du risque, le banquier ou l'agence de notation ne peut donc l'accorder qu'à des personnes dignes de crédit. Or, à reprendre certains auteurs⁷²⁷, « la dignité du crédit d'une personne ou d'une entreprise est fonction à la fois d'éléments objectifs (solvabilité, liquidité, rentabilité etc.), d'éléments subjectifs (probité, aptitude à la direction de l'entreprise, etc.) et des données économiques générales ou particulières à la branche d'activité de l'entreprise », dont nous avons déjà vu⁷²⁸ de quoi il retournait. Le banquier ou l'agence de notation, qui s'apprête à analyser ce risque devra donc nécessairement analyser des éléments dits « objectifs » et des éléments dits « subjectifs ». Et l'on pense déjà que s'il paraît tout à fait possible de mesurer la portée des éléments objectifs, notamment par l'analyse financière, il devient en revanche beaucoup plus délicat d'appréhender les critères subjectifs, pourtant tout aussi important si ce n'est plus. En effet, si la situation financière et commerciale de l'entreprise incarnant le « pouvoir payer », peut être appréhendée par l'emploi de méthodes particulières dont l'analyse financière représente la clef de voûte, la compétence, l'honorabilité des hommes dirigeants de l'affaire représentant le « vouloir payer », ne trouvent, quant à elles, aucune méthode particulière d'appréciation. La justesse de cette dernière dépendra donc beaucoup plus des qualités intrinsèques du banquier que d'une réelle méthode d'analyse.

A L'analyse objective de la situation de l'entreprise : l'analyse du pouvoir payer.

1° Analyse commerciale.

266. Caractère succinct de l'analyse. Bien sûr, le banquier ou l'agence de notation n'analysera pas l'entreprise du seul point de vue financier, mais s'attachera également à l'étude de sa situation sous l'angle technique et commercial. En effet, ces risques, s'ils sont mal appréhendés, peuvent être à l'origine des premières difficultés ou même produire de brusques défaillances. Nous avons déjà vu, lors de l'étude des risques professionnels, que l'entreprise n'était pas à l'abri d'une rapide évolution sur le plan technique et commercial. Ainsi, le vieillissement rapide de l'outil de production, l'utilisation de techniques dépassées ou l'insuffisance de la politique commerciale, doivent être particulièrement surveillés par le banquier ou le notateur de l'entreprise. Il est cependant vrai qu'il n'est pas toujours possible aux décideurs (banquiers ou agences de notation) de maîtriser totalement l'état de la technique⁷²⁹ du secteur dans lequel ils interviennent. Car

727 Jean STOUFFLET, note sous Cour d'appel d'Orléans, JCP (G), 1972, II, n° 17082 ; Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, « Droit bancaire », précis Dalloz, 6e édition, 1995, n° 468, page 455.

728 *Supra* n° 261 et suivants.

729 Voir Jean-Pierre DESCHANEL, précité.

en effet, le banquier, notamment, ne dispose pas de la science infuse, ni du temps nécessaire à une analyse de la situation de l'entreprise sur ce point. Cependant, un bon nombre de banques possèdent aujourd'hui des services d'ingénieurs-conseils⁷³⁰ capables d'apprécier la bonne ou mauvaise tenue de ces éléments. Reste que l'appel aux services spécialisés n'est pas systématique et concerne surtout les concours les plus importants et/ou les plus risqués. Pour le reste, c'est davantage les connaissances du banquier qui serviront de point d'appui quant à l'analyse de ces risques. Mais, si l'analyse de la dignité de l'entreprise sur le plan technique et commercial n'est pas à écarter, c'est surtout sur l'aspect de la capacité d'endettement et de remboursement que l'attention du banquier ou de l'agence de notation se portera. Or, pour ce type d'analyse, le prêteur de deniers ou le notateur s'appuiera sur l'instrument que représente l'analyse financière.

2° L'analyse financière du sujet⁷³¹ .

267. Objectif de la technique. L'analyse financière de l'entreprise doit permettre au banquier et à l'agence de notation de déterminer la capacité de l'entreprise à rembourser à une date donnée (par l'étude de l'importance des fonds propres, de l'endettement, des frais financiers etc....). De même que par l'analyse financière, le banquier ou l'agence de notation pourra apprécier le risque d'insolvabilité, par exemple, par l'étude du rapport « fonds propres/fonds d'emprunts », par l'étude de la rentabilité de l'entreprise⁷³² ... Cette étude sous l'angle financier de l'entreprise n'aura d'autre but que de permettre au banquier de prendre la bonne décision quant à l'octroi ou le refus du crédit. Mais voyons de manière plus approfondie sur quoi porte l'analyse de la situation financière de l'entreprise. Existe-t-il une méthode universelle permettant de dégager de façon certaine la situation de l'entreprise ? Les entreprises du secteur bancaire et les agences de notation qui doivent porter une appréciation sur la situation d'une entreprise utilisent toutes une grille de dépouillement des comptes, des postes du bilan de l'entreprise, leur permettant de rationaliser l'étude de la dignité de crédit. Il s'agit donc d'une technique universelle dont on ne peut se passer si l'on veut correctement analyser le risque lié à l'entreprise. L'analyse financière offre cet instrument. Cette analyse porte essentiellement sur le compte de résultat et le bilan. Elle permet de dégager : les résultats, les marges, les ratios et de les appréhender, de donner des informations sur l'évolution de l'activité, sur l'évolution de la structure financière, ainsi que sur les performances réalisées, d'interpréter ces informations et d'effectuer des comparaisons entre le passé, le présent et l'avenir de l'entreprise. En somme, l'analyse financière est une aide à la prise de décision, offerte au banquier, qui permettra de répondre à la question de la rentabilité de l'entreprise, de sa structure financière, de ses points forts et points faibles, ainsi que des potentialités de l'entreprise. Le but de notre démarche n'étant pas de présenter une étude détaillée du bilan, qui ressort de la technique comptable, nous nous contenterons de mettre en exergue l'utilité de l'analyse financière dans la connaissance de l'entreprise, et

730 Michel VASSEUR, précité, page 177.

731 Alain BIZOT, page 33 et suivantes.

732 Voir pour une analyse sommaire, Jean-Pierre Delacour, fascicule 1, précité, page 68.

ce dans le but précis de comparer cette technique à la méthode du crédit-scoring. Nous pourrions ainsi nous apercevoir, sur certains points, que les deux techniques, loin de s'opposer, se rejoignent largement. L'analyse financière de l'entreprise doit ainsi remplir deux objectifs : donner l'historique des comptes de la comptabilité générale sur quelques années par le calcul d'agrégats bien représentatifs, et permettre le calcul de ratios représentatifs de la situation de l'entreprise. La technique d'analyse doit se cumuler avec deux autres exigences : concision dans la présentation et universalité afin de répondre aux différents types de sociétés (taille et secteurs d'activité notamment).

a./ Historique de la comptabilité générale.

268. Formalisation. La grille d'analyse financière de l'entreprise se présente généralement en une feuille double, la première est consacrée à l'analyse du compte de résultats tandis que les deux pages intérieures, elles, sont destinées à offrir une vision comparative de l'actif et du passif. La dernière page permet un rapide récapitulatif de l'endettement à terme et de son échéancier, ainsi que l'expression de cycles économiques liés à l'activité courante de l'entreprise. Enfin, cette dernière page présente également le calcul de quelques ratios. Concrètement le dépouillement se fera alors par l'analyse des deux grands éléments de la comptabilité de l'entreprise : le compte de résultat et le bilan.

269. Le compte de résultat. Il fournit de précieux renseignements pour la détermination de trois agrégats : valeur ajoutée, excédent brut d'exploitation, capacité d'autofinancement. La valeur ajoutée, autrement dit, différence entre la production et la consommation de l'exercice, est très représentative du poids économique réel de l'entreprise, quel que soit son secteur d'activité. L'excédent brut d'exploitation est un niveau de résultats calculé avant toute incidence des frais financiers, des annuités de crédit-bail, des provisions, des amortissements, des impôts et des dividendes. Il permet ainsi l'appréciation des performances courantes industrielles et commerciales d'un exercice donné et ce quels que soient les moyens de financement, les incidences fiscales liées au mode d'amortissement, le poids du passé qui, en effet, s'exprime souvent par des impôts sans grand rapport avec les bénéfiques nets courants. L'excédent brut d'exploitation constitue donc une bonne approche d'un niveau courant de performances. La capacité d'autofinancement ou cash-flow, quant à elle, représente l'excédent des ressources internes dégagées durant l'exercice par l'ensemble de l'activité de l'entreprise et qu'elle peut destiner à son autofinancement. La capacité d'autofinancement est l'indicateur de l'indépendance financière de l'entreprise.

270. Le bilan. Outre les précieuses indications sur les moyens de production qu'il procure (ateliers, magasins, matériel, brevet etc.), il renseigne également sur les valeurs d'exploitation à la clôture d'un exercice (en matière première, produits finis...). Il permet également de connaître le montant des créances sur la clientèle et des autres créances, ainsi que le montant des disponibilités (espèce en caisse et bancaires). Au passif du bilan, on trouvera le montant des ressources permanentes : capital, réserves, emprunts, dettes fournisseurs... Bien souvent, le banquier disposant peu de temps pour l'analyse de chaque dossier, établira à partir des éléments (capacité d'autofinancement, l'excédent brut d'exploitation...) des ratios afin de se forger une vue synthétique et fidèle de la situation de l'entreprise. C'est là la deuxième phase de l'analyse financière de l'entreprise.

b./ Etablissement des ratios.

271. Définition. Un ratio est un rapport entre deux valeurs (issues des postes du bilan ou du compte de résultat) ayant pour but de fournir des informations utiles à l'analyse financière et de permettre de porter un jugement sur l'entreprise⁷³³. Ainsi, l'étude des ratios permet, malgré son extrême concision, une synthèse de l'analyse financière. Elle permet de suivre et de mesurer l'évolution des performances économiques et financières ainsi que des structures de l'entreprise dans le temps. Elle permet, d'effectuer des comparaisons entre des entreprises du même secteur d'activité, par rapport aux usages de la profession. Enfin, celle-ci offre une référence à des ratios « standards ». Dans cette dernière optique, on peut dire que globalement, les ratios sont établis et classés selon quatre grands thèmes : les ratios de structure, les ratios de rentabilité, les ratios d'activité et les ratios de liquidité⁷³⁴.

272. Diversité des ratios. Bien entendu, il n'y pas de ratios universels valables pour toutes les entreprises, et l'étude et la pertinence des ratios dépendront dans une large mesure de la nature juridique de l'entreprise, de sa taille, de son vécu et des ressources humaines de celle-ci, qui peuvent contredire un ratio *a priori* significatif. Il est bien évident que dans le cadre de notre étude il serait inutile et hors propos de répertorier l'immensité des possibilités d'établissement de ratios. En effet, si l'on admet, en première simplification, de résumer le dépouillement des comptes annuels d'une entreprise par dix agrégats pour le compte de résultat et dix pour le bilan, les possibilités de création de ratios principaux sont celles données par la comparaison, sous forme de quotient, entre l'un quelconque des vingt agrégats précédents, et ce premier choix étant effectué, l'un quelconque des dix neuf autres, soit 190 ratios au total. Il est alors bien évident que le banquier ou l'agence de notation ne dispose pas du temps nécessaire à l'établissement d'un nombre aussi élevé de ratios et d'ailleurs quelle en serait l'utilité ? En effet, il faudrait supposer pertinents tous ces ratios, ce qui n'est pas le cas. Reste que d'après les règles et usances en matière d'analyse financière, 50 de ces ratios peuvent avoir une signification représentative des forces et faiblesses de l'entreprise. Mais même avec 50 ratios, l'analyse d'un dossier serait beaucoup trop longue et compliquée. Il s'agira donc pour le banquier de ne retenir que les quelques ratios jugés pertinents et qui procèdent toujours d'un certain arbitraire. Il est cependant vrai que le choix des ratios dépendra de la nature du crédit à consentir. Ainsi, dans le cas d'un crédit de fonctionnement⁷³⁵, généralement à court terme, l'attention du banquier ou de l'agence de notation se portera plus particulièrement sur l'état de la trésorerie⁷³⁶. En effet, la sortie de ce type de crédit s'effectue par la réalisation progressive des actifs circulants : vente de stocks, encaissement des crédits sur la clientèle. A ce titre, l'importance du fonds de roulement

733 Voir, B. ^{éatrice} et F. ^{rancis} Grandguillot, « Analyse financière », 4e édition, 2000, éditions Gualino, page 109.

734 Pour une liste synthétique de ces ratios, ibidem, page 110 et suivantes.

735 Destiné à financer des actifs circulants : stocks, travaux en cours, crédits à la clientèle.

736 Généralement exprimé par le ratio : créance à moins d'un an + disponibilités/passif à moins d'un an correspondant à la capacité de l'entreprise à payer ses dettes à court terme en utilisant les créances et les disponibilités.

par rapport au chiffre d'affaires donne une idée de la situation de trésorerie. Mais celle-ci doit être appréciée sur une certaine durée en mesurant les flux de recettes et de dépenses qui donnent les variations périodiques exceptionnelles des besoins de trésorerie. Il examinera les besoins en fonds de roulement, la durée de rotation des stocks de produits finis (produits finis/vente hors-taxes)⁷³⁷, des stocks d'approvisionnement (stock d'approvisionnement/achat HT)⁷³⁸, le délai de découvert client⁷³⁹, le délai du crédit fournisseur⁷⁴⁰. En revanche, lorsqu'il s'agira d'un crédit dit d'investissement à moyen ou long terme, le crédit sera remboursé progressivement à l'aide des bénéfices réalisés par l'entreprise au cours des exercices successifs grâce à l'outil de travail financé. Engagé pour plus longtemps, le banquier, notamment, se penchera plus volontiers sur la capacité de l'entreprise à maintenir et développer sa rentabilité pour l'avenir afin de rembourser l'emprunt. A ce titre, la mesure de la capacité d'autofinancement revêt un caractère important. Celle-ci est représentée par le ratio : excédent brut d'exploitation/chiffre d'affaires hors-taxes⁷⁴¹ qui traduit la capacité de l'entreprise à générer une rentabilité à partir de chiffre d'affaires, ainsi que par le ratio : résultat de l'exercice/chiffre d'affaires HT représentant la capacité de l'entreprise à générer un bénéfice net à partir du chiffre d'affaires. Son étude portera également sur le rapport : fonds propres/endettement à terme, censé mesurer le taux de l'autonomie financière de l'entreprise, ainsi que sur le ratio : autofinancement/endettement à terme, mesurant la dette à terme d'investissement en années d'autofinancement. On considère à ce sujet qu'elle ne doit pas dépasser cinq années d'autofinancement. Bien sûr, il ne s'agit là que d'exemples et d'autres ratios significatifs pourraient être avancés afin de déterminer les forces et faiblesses de l'entreprise. Cependant comme nous avons déjà pu le signaler plus haut, notre objectif n'étant pas de procéder à une analyse financière complète, mais de poser les bases de l'analyse traditionnelle, l'énumération d'autres ratios n'aurait que peu d'intérêt pour l'étude. Cependant, cette technique n'est pas parfaite, loin s'en faut, et trouve rapidement sa limite lorsqu'il s'agit d'étudier autre chose que les chiffres purement comptables. Ainsi, en est-il de l'analyse des critères dits « subjectifs », c'est-à-dire des compétences des hommes dirigeants l'entreprise, de leur

737 Ou encore le rapport : stock moyen de marchandises/coût d'achat des marchandises vendues x 30 jours correspondant à la durée d'écoulement des stocks dans les entreprises commerciales ; le rapport : stock moyen de produits finis/coût de production des produits vendus x 360 jours, correspondant à la durée d'écoulement des stocks dans les entreprises industrielles. On peut également établir le rapport : fonds propres/total passif, mesurant la capacité de l'entreprise à s'endetter ; le rapport : ressources propres/endettement, mesurant également cette capacité d'endettement.

738 Ou encore le rapport : stock moyen de matières premières/coût d'achat des matières premières consommées x 360 jours.

739 Exprimé par le rapport : créances clients et comptes rattachés + encours d'escompte/chiffre d'affaires TTC x 360 jours, correspondant à la durée moyenne en jour du crédit consenti par l'entreprise à ses clients.

740 Exprimé par le rapport : dettes fournisseurs et comptes rattachés/consommation en provenance des tiers TTC x 360, correspondant à la durée moyenne en jours obtenue par l'entreprise de la part de ses fournisseurs. Il doit être supérieur au ratio précédent.

741 Dictionnaire Permanent Difficultés des Entreprises, précité, page 1198 B.

personnalité et de leur honorabilité, que l'analyse financière est impuissante à révéler.

B Etude des critères subjectifs par le savoir-faire du banquier : analyse du vouloir payer.

273. Complexité de l'acte de crédit. Comme il a été relevé ⁷⁴², la dignité de crédit n'est pas seulement faite d'éléments purement objectifs pouvant être mesurés à l'aide de l'analyse financière, mais également d'éléments dits « subjectifs », pour lesquels l'analyse financière n'est d'aucun recours. En effet, le crédit étant marqué par un fort *intuitu personae*, des critères comme la personnalité, le passé et les compétences des dirigeants deviennent essentiels à l'étude de la dignité, que ce soit dans le cadre d'une décision de concours ou de l'attribution d'une note. L'acte de crédit, spécialement, repose, il est vrai, sur cette notion complexe de confiance. On retrouve d'ailleurs assez fréquemment cette formule chez nombre d'auteurs, « faire crédit, c'est faire confiance, c'est croire en la parole donnée » ⁷⁴³ par l'emprunteur qu'il restituera les fonds prêtés. Mais, cette notion, aussi simple en apparence, et pourtant fondamentale dans l'acte de crédit, est difficile à définir ⁷⁴⁴. En fait, le crédit-confiance relève d'une réalité fort complexe. Certes, la confiance est faite d'éléments objectifs facilement mesurables par la technique de l'analyse financière mais elle est tout autant assise sur des éléments subjectifs ⁷⁴⁵. A reprendre un auteur ⁷⁴⁶, « il ne faut pas... perdre de vue qu'en matière de crédit c'est le point de vue subjectif qui doit primer ». Il y a longtemps qu'Henri Germain a dit « les affaires, ce ne sont pas des chiffres, ce sont des hommes ». Sur la base de cette observation, il devient alors nécessaire de ne pas se fier uniquement aux critères objectifs mesurables, mais également aux critères subjectifs de la confiance. L'octroi d'un crédit n'est pas la reconnaissance d'un droit, la contrepartie nécessaire et automatique d'un certain actif, mais relève bien plus d'un « acte de foi, né de la réunion d'éléments qu'il est difficile de dissocier et de nommer, mais parmi lesquels il est évident que les facteurs moraux sont prépondérants » ⁷⁴⁷. Les économistes adoptent d'ailleurs une définition similaire. Selon eux ⁷⁴⁸ « le terme confiance peut se définir comme l'état d'une personne ou d'une institution, fondé sur des éléments affectifs, intuitifs ou sur un ensemble

742 Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité, page 455, et Jean STOUFFLET, précité, JCP (G) 1972, II, 17082.

743 Georges PETIT - DUTAILLIS, précité, « Le crédit et les banques », page 15, du même auteur, « Le risque de crédit », page 222, n° 314, selon lequel, « il n'y a qu'une façon de faire crédit, c'est de faire confiance à un homme, le crédit ». Voir aussi, J. Escarra et Rault, « Principes de droit commercial », n° 586 in limine, page 407.

744 Selon certains, il serait difficile de faire une distinction entre *intuitu personae* et confiance si tant est qu'il en existe une, voir en ce sens, A. Chirez, « De la confiance en droit contractuel », thèse, Nice, 1977, n° 75, page 110.

745 En ce sens, voir Roger CUIGNET, *Revue de la Banque* (Bruxelles) 1976, page 9, n° 6 in fine.

746 Georges PETIT - DUTAILLIS, précité, page 223, « Le risque de crédit »,

747 Ibidem, page 222, n° 314.

d'informations qui, face à un objet, un mécanisme, un groupe ou une institution, permettent d'apprécier la probabilité d'une réaction ou d'un comportement dans telle ou telle situation ». Et ces derniers de rajouter que, « la confiance peut être une évaluation positive ou subjective des capacités à respecter un engagement et peut aller jusqu'à la foi »⁷⁴⁹. L'élément de confiance qui, à quelque degré qu'il se rencontre⁷⁵⁰, existe toujours et demeure à la base de toutes les opérations de crédit⁷⁵¹, est donc un sentiment à la fois raisonné et instinctif. Le banquier devra alors pour se forger une idée complète de l'emprunteur s'attacher également aux aspects subjectifs de la relation, c'est-à-dire à des aspects d'ordre psychologique et moral, tels que la réputation, la moralité et personnalité du client⁷⁵².

274. Les éléments subjectifs de la confiance. Il s'agit ici, pour le banquier ou l'agence de notation, d'apprécier les éléments de « l'identité subjective »⁷⁵³ de la personne, c'est-à-dire ce qu'il est possible d'appréhender chez un individu. Ainsi, une personne reconnaîtra une qualité à autrui que telle autre ne verra pas. Cette identité repose sur un jugement subjectif qu'une partie au contrat, le banquier, par exemple, porte sur l'autre, le client. Les qualités en cause sont les qualités humaines telles que l'honnêteté, la volonté, l'ingéniosité, le courage, l'opiniâtreté de la personne à honorer sa dette, sa parole donnée. Le banquier devra donc se livrer à ce difficile exercice d'analyse du comportement actuel et futur du chef d'entreprise qui demande un crédit. Doux euphémisme que le terme « difficile », tant le comportement de l'homme est inattendu, et est généralement imprévisible. Pourtant, le banquier doit porter son analyse sur la diversité de ces éléments subjectifs de la confiance, pourrions-nous dire, pour employer une formule générique, en la personnalité⁷⁵⁴ du ou des dirigeants demandeurs de crédit. Cependant, malgré la difficulté à caractériser ces termes, il ne serait pas inutile de s'arrêter sur les définitions qui peuvent leurs être apportées. Dans cette optique, nous

748 Thierry SESSINS, « Globalisation financière et confiance », rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 471.

749 Ibidem .

750 Il est néanmoins vrai que le crédit repose d'autant plus sur la confiance que la période de mise à l'épreuve de la promesse de remboursement est longue. En effet, plus le crédit est long, plus il devient difficile d'anticiper et de prévoir l'évolution de l'affaire. Le banquier accordera alors beaucoup plus d'importance aux qualités intrinsèques des dirigeants dans sa décision de crédit.

751 « Digne de confiance est le préalable et la condition nécessaire de la dignité du crédit », André BUTHURIEUX, précité, page 198

752 Au dire de certains, cette analyse n'est pas souvent menée, sans doute faute de compétence. En effet, « les banquiers ne sont pas formés à cette discipline qui relève de la psychologie ». Reste que cette lacune est, en matière de crédit, dangereuse. Voir en ce sens, Jean Matouk, « Systèmes financiers : français et étrangers », tome I, Dunod, 1991, page 609 - 610.

753 Thèse Sandrine Munoz, précité, n° 227, page 159.

754 Selon Georges PETIT - DUTAILLIS, « la personnalité c'est l'aptitude professionnelle et la moralité de l'entrepreneur ou des dirigeants de l'entreprise ; ce sont les qualités intellectuelles et morales sur lesquelles reposera la confiance du banquier, attiré par les forces financières, mais qui ne peut s'en contenter », précité, page 55.

pourrions opérer une distinction entre les qualités qui peuvent être attendues d'un dirigeant et les qualités morales de la personne du demandeur.

275. Qualités de « manager ». Le banquier jugera son client sous l'angle du dynamisme, du caractère, des aptitudes à la gestion, en somme de sa compétence dans la direction des affaires. Selon un auteur ⁷⁵⁵, la compétence se définirait comme, « les capacités de parler sciemment d'une matière ou de la traiter. Pour le chef d'entreprise c'est l'aptitude à gérer, à défaut c'est l'aptitude à bien déléguer et à écouter et suivre les conseils d'un professionnel normalement avisé. Dans notre monde de plus en plus complexe c'est l'aptitude à être bien entouré tant en collaborateurs qu'en conseils extérieurs. *A contrario*, l'incompétence... est l'inaptitude à comprendre... et quand une erreur est commise ou en voie de l'être c'est l'inaptitude à l'amender et c'est en revanche l'aptitude à persévérer » ⁷⁵⁶. Il apparaît alors clairement que l'établissement de crédit ou l'agence de notation devra se méfier des chefs d'entreprises sujets à la mégalomanie, trait caractéristique qui pourrait, en cas de difficulté, conduire à la faillite. En effet, le chef d'entreprise mégalomane développera un ensemble d'idées fausses, en opposition manifeste avec la réalité. Elles n'appelleront aucune critique de sa part et emporteront sa conviction. « Les déconfitures d'entreprises font parfois constater ce délire sur une période de plusieurs années, la dégradation du sens moral l'accompagne alors souvent avec de nombreux délits financiers » ⁷⁵⁷. Sur ce, l'entêtement, la conviction que les déconvenues viennent des autres ne feront qu'aggraver les choses, ce profil de chef d'entreprise refusant l'aide extérieure ou de ses proches collaborateurs, si tant est qu'il en ait. Le banquier devra donc être attentif à cette classe de dirigeant, qui est loin de représenter l'archétype de la compétence, de l'aptitude à gérer une affaire. Cependant, sans tomber dans cette extrême mégalomanie, le caractère du dirigeant est une qualité que le banquier devra rechercher. Au dire de certains ⁷⁵⁸, « la qualité la plus intéressante est le caractère, qui implique fermeté, courage, aptitude au commandement des hommes, à l'action sur les événements et aussi une certaine souplesse pour coopérer avec l'inévitable et savoir s'adapter aux changements continuels ». Cette faculté d'adaptation des dirigeants aux événements imprévisibles ou surprenants, qui doit permettre à l'entreprise de faire face aux incertitudes à venir, est sans en douter une qualité essentielle du chef d'entreprise, qui ne doit pas échapper à l'analyse du banquier. En effet, le prêteur ne peut jamais être certain d'avoir dressé un dossier complet sur son client. Certes, il aura analysé, étudié, grâce notamment à l'analyse financière, les données quantifiées et vérifiables ⁷⁵⁹ concernant la situation de l'entreprise, néanmoins son appréciation à un instant donné, quelles que soient ses qualités, pourra toujours se

755 André BUTHURIEUX, précité, page 197.

756 Dictionnaire Larousse élémentaire, « compétence : attitude d'une personne à faire, à décider ; connaissance approfondie » .

757 André BUTHURIEUX, précité, page 204.

758 Georges PETIT - DUTAILLIS, précité, page 225.

759 Etude des comptes, mise en place de ratios etc. , voir supra n° ²⁶⁷ et suivants.

voir contredite par des événements imprévus. Une bonne marche des affaires dans le passé, l'accumulation de réserves et le maintien ou le renforcement d'une structure financière saine et équilibrée, si elles représentent de sérieuses garanties à cet égard, ne peuvent prévoir avec certitude le futur, quand bien même on y ajouterait des études prospectives de marché, des diagnostics de conjoncture etc. En effet, « il manque à tout cela l'appréciation du ressort dynamique »⁷⁶⁰ qui doit permettre à l'entreprise de faire face à l'imprévu, c'est-à-dire les qualités d'adaptation du chef d'entreprise, qui permettront de porter un jugement sur les perspectives d'avenir du crédit. A ce titre, M. Petit-Dutallis⁷⁶¹ nous faisait remarquer à propos des garanties de crédit que trop d'entre elles « se sont révélées décevantes pour qu'on ne doive pas affirmer avec force que la meilleure, et au fond, la seule façon de faire crédit, c'est faire confiance à un homme, en s'appuyant sur les qualités personnelles du crédité ». Ainsi, « l'habileté, la prudence et la bonne foi sont les sûretés personnelles qu'apporte l'emprunteur »⁷⁶². C'est dire que les informations dites « objectives », recueillies sur la situation passée et présente du demandeur perdent soudain de leur force dans l'esprit du donneur de crédit ; elles deviennent un simple préambule à la partie la plus importante de l'instruction, celle qui porte sur les qualités humaines et professionnelles des dirigeants. On peut trouver une illustration de l'importance du facteur humain dans les propos de Jean-Louis Servan-Schreiber⁷⁶³, d'après lequel, « les risques majeurs sont les soucis voulus par le patron. C'est bien lui qui décide le lancement d'un nouveau produit, une extension d'activité, un investissement inhabituel, un rachat, une fusion voire une OPA. Le risque est l'interface inévitable de sa décision ». D'où l'importance pour le banquier et l'agence de notation de bien saisir la personnalité des dirigeants à qui ils s'approprient soit à faire crédit, soit à attribuer une note, car selon ce même auteur « on peut faire faillite sans y être pour rien du seul fait d'un retournement du dollar, mais c'est statistiquement aussi rare qu'un accident de la route pour un bon conducteur ». Le chef d'entreprise doit donc être un bon conducteur pour son entreprise, et ce particulièrement face aux événements imprévisibles. En effet, le risque de crédit notamment, est certes avant tout humain, mais il est influencé par des facteurs extérieurs qui méritent une réponse, une capacité d'adaptation du dirigeant. Et pour conclure sur cette nécessaire qualité du chef d'entreprise nous pouvons reprendre la formule fort explicite de J. Bastin⁷⁶⁴, « le risque de non-paiement, qu'il porte sur un particulier ou une entreprise est le résultat du facteur humain propre à la personne, réagissant sur des facteurs étrangers et de la réaction en retour des facteurs étrangers parfois différents des premiers, sur le comportement psychologique de la personne ». Et la tâche s'alourdit, dans le cas du banquier, au fur et à mesure que la durée du crédit

760 Roger CUIGNET, précité, page 13.

761 Georges PETIT - DUTAILLIS, précité, « Le crédit et les banques », page 78.

762 Ibidem , page 16.

763 Jean-Louis SERVAN-SCHREIBER, « Le métier de patron », Fayard, Paris, 1990, page 3, cité par Jean BASTIN, « La défaillance de paiement et sa protection : l'assurance-crédit », LGDJ, 1991, page 87 et suivantes.

764 Ibidem , page 88.

s'allonge. En effet, plus le crédit s'allonge, plus il doit supputer l'avenir en tenant compte de l'aspect humain du risque de non-remboursement. A ce titre, un autre aspect du comportement humain, et donc de la confiance subjective, est la volonté du demandeur à honorer ses dettes.

276. Qualités morales du dirigeant. S'agissant des qualités morales (honorabilité, réputation...), on pourrait émettre un parallèle avec les diligences qui sont exigées du banquier lorsqu'il ouvre un compte. Depuis fort longtemps⁷⁶⁵ en jurisprudence a été posé le principe que « la profession et l'honorabilité des personnes ne sont pas des éléments invariables, stables de la vie d'un individu ». De ce fait, nulle obligation est faite au banquier de vérifier l'honnêteté ou l'honorabilité du client qui se présente pour ouvrir un compte⁷⁶⁶. Néanmoins, si ce n'est pas une obligation pour lui, ce n'est pas non plus une interdiction. Ce dernier peut donc, si un doute, une suspicion existe, entreprendre ces vérifications afin d'aplanir ou confirmer cette impression. En matière de distribution de crédit, on peut raisonner de la même façon. D'ailleurs, il n'apparaît pas que la jurisprudence ait eu à se prononcer sur ce point, comme elle l'avait fait pour l'ouverture d'un compte. En revanche, ce qui a été fermement établi, c'est que des éléments comme l'honorabilité, la réputation commerciale ou financière d'un individu (ou d'une société) pouvaient servir de base au refus d'un crédit⁷⁶⁷. Cette seule éventualité que ces éléments puissent servir de fondement au refus de crédit, suffit à souligner leur importance et la nécessité pour un demandeur de crédit d'en être pourvu. A cet égard, la formule « qui paie ses dettes s'enrichit » prend tout son sens. Un passé honorable, une réputation acquise sur les comportements passés sans reproche conforte indéniablement le dossier de crédit d'un individu. Reste à mettre un peu d'ordre dans ces notions voisines qui peuvent prêter à confusion. Moralité, honorabilité, réputation, honnêteté, quelle signification donner à tous ces termes ? En fait, ces notions sont extrêmement proches les unes des autres.

277. La moralité se définit par rapport à la morale, c'est-à-dire ce qui est conforme aux bonnes mœurs, au discernement entre ce qui est bien ou mal⁷⁶⁸. Le banquier devra

765 En ce sens, voir Cour d'appel de Paris, 14 octobre 1958, Gazette du Palais, 1958 (2e semestre), page 322 ; Cour d'appel d'Amiens, 28 mars 1963, JCP (G), 1963, II, n°13186, note Henri Cabrillac ; cassation commerciale, 25 avril 1967, JCP (G), II, 1967, note Christian GAVALDA ; voir aussi, Christian GAVALDA, « Les refus du banquier », JCP (G), I, 1962, n°1727, n° 15306, Vézian, « La responsabilité du banquier », précité, n° 51, pages 54 - 55, F. Grua, « Responsabilité spécialement n° 9 ; Jack François civil du banquier », Juris-Classeur Banque et Crédit, n° 29.

766 Contra, Cour d'appel de Paris, 5 octobre 1989, Dalloz, 1990, sommaire, page 111, observation H. Cabrillac ; JCP (E), 1989, I, 19135.

767 En ce sens, cassation commerciale, 30 novembre 1999, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2000, n°1, page 13. Selon cet arrêt la banque conserve un droit de regard afin d'être en mesure d'apprécier le risque inhérent à tout crédit et par conséquent, le droit de n'accepter à l'escompte que les effets sur des tirés sur lesquels elles disposent d'informations en levant tout doute, quant à leur honorabilité et réputation commerciale ou financière ; Voir aussi, Patrice BOUTEILLER et François RIBAY, « L'exploitant bancaire et le droit », 3ème édition, 2000, Banque éditeur, page 244.

768 Dictionnaire Larousse élémentaire.

donc s'enquérir de cet état chez le demandeur de crédit avant de prendre toute décision. Ainsi, cherchera-t-il à s'informer sur l'éducation, les habitudes, la manière de vivre du chef d'entreprise ou de sa famille. En somme, tout ce qui pourrait influencer de manière positive ou négative la volonté de l'emprunteur à remplir ses engagements. Au regard du banquier, l'emprunteur idéal devra mener une vie qui lui permette de faire honneur à sa parole. A titre d'exemple, un train de vie dispendieux du dirigeant et/ou de sa famille est propice aux prélèvements exagérés et ainsi vider la société ou l'entreprise de toute substance⁷⁶⁹. L'esprit d'économie rend plus facile les sacrifices rendus nécessaires par une situation aggravée.

278. L'honnêteté du dirigeant est définie⁷⁷⁰ comme le sentiment conforme à l'honneur, à la probité. L'honnêteté du dirigeant ou du chef d'entreprise correspondrait donc à l'attitude d'un être droit, intègre, loyal. Selon la définition d'un auteur⁷⁷¹, le banquier attendrait essentiellement du chef d'entreprise une loyauté et une sincérité dans la qualité de l'information qui lui est fournie. A défaut, le chef d'entreprise ne serait plus digne de confiance et l'entreprise pourrait ne plus être digne de crédit de ce seul fait. Cette opinion tend à souligner que cette notion, apparemment anodine, est d'une importance considérable dans la démarche d'établissement de la dignité, dont on sait la place qu'y occupe *l'intuitus personae*.

279. L'honorabilité, elle, se caractérise par ce qui est digne de considération, d'estime. C'est l'état d'une personne honorable ou qui fait honneur. Or, l'honneur se définit comme le sentiment de la dignité morale, comme la réputation, la considération. On dit souvent faire honneur à sa signature, donner sa parole d'honneur c'est-à-dire entendre remplir ses engagements, les promesses faites. On revient par l'évocation de ces derniers termes à l'idée première du crédit. N'avons-nous pas dit que, « faire crédit, c'est faire confiance, c'est croire à la parole donnée »⁷⁷² ? On introduit ici l'autre élément en matière de décision de crédit : la volonté de rembourser.

280. La volonté de remboursement. A côté⁷⁷³ de la capacité à rembourser, fondée sur l'étude des éléments objectifs, il faut que le débiteur veuille rembourser⁷⁷⁴. Or, pour se prémunir contre une défaillance sur ce point, le banquier le fera en n'accordant son concours qu'après une étude sérieuse de la moralité du client, de son honnêteté⁷⁷⁵, de

769 J. -P. DELACOUR, précité, page 68.
Jean Pierre

770 Dictionnaire Larousse élémentaire.

771 André BUTHURIEUX, précité, page 202.

772 Voir supra
n° 273.

773 Georges PETIT - DUTAILLIS, « Le risque de crédit bancaire », précité, n° 317, page 225, et n° 36 page 55.

774 On devrait plutôt dire, à l'instar de Georges PETIT - DUTAILLIS, « d'abord et avant tout le banquier doit s'assurer de l'existence de cette volonté et ce avant même de pousser l'enquête sur la fortune » précité, page 225, n°317.

775 En effet, selon l'auteur précité, « seul l'honnêteté paie en définitive... », in « Le crédit et les banques », précité, page 76.

son honorabilité et de sa réputation. Cette dernière peut d'ailleurs devenir un critère important de la décision de crédit. Celle-ci est évidemment fondée sur les notions précédemment étudiées. L'honnête homme qui aura toujours honoré ses dettes passées aura très probablement une solide réputation. Cette réputation peut indistinctement concerner l'homme ou les hommes qui dirigent l'entreprise ou l'entreprise elle-même. On parle alors souvent de *standing* des dirigeants ou de l'entreprise.

281. La réputation. Cette notion fonctionne en pratique comme une entité extérieure, qui prend la valeur de haut ou bon *standing* si l'emprunteur n'a jamais triché, s'il a toujours honoré ses engagements, et faible ou mauvais *standing* si l'emprunteur a par le passé failli à ses obligations. Il est vrai cependant que la notion est plutôt attachée à des entreprises d'une certaine taille capable de véhiculer une image au travers leur réseau bancaire et autres. Le *standing* d'une affaire, c'est en quelque sorte l'opinion que la place émet sur cette structure. C'est ce que les banquiers, et plus généralement les partenaires économiques de l'entreprise pensent de cette dernière⁷⁷⁶. Il est vrai que cette impression est largement assise sur la bonne tenue des dirigeants, leur compétence, leur savoir-faire etc.⁷⁷⁷. On s'éloigne ici quelque peu de la notion de réputation au sens économique⁷⁷⁸, qui se restreint à l'étude des actions et comportements passés de l'emprunteur face aux échéances des prêts récemment octroyés. Or, si cette réputation est bonne, elle permet souvent de « construire des routines garantes de la répétition à l'identique des événements passés ou de nouer des relations passées sur le même modèle »⁷⁷⁹. Appliquée à la prise de décision en matière de crédit, l'idée devrait permettre le renouvellement de la confiance et l'octroi d'un nouveau crédit, ce qui tend à confirmer l'importance de la réputation dans l'appréciation de la dignité de crédit. Voilà donc des notions pour la plupart hautement subjectives. Comment alors ne pas se tromper sur leur existence même et leur degré d'existence ? Le banquier adopte-t-il une méthode particulière pour l'analyse de ces critères dits « subjectifs » ?

282. Les qualités du banquier⁷⁸⁰. Face aux éléments subjectifs de la dignité de crédit, le savoir-faire du banquier est la seule arme pleinement efficace. En effet, à l'étude de la situation financière par l'analyse financière, il n'existe pas d'équivalent de méthode propre à cerner les aspects subjectifs d'un individu. Le banquier ne pourra alors bien souvent s'en remettre qu'à son propre jugement.

283. Leur nécessaire existence. A ce titre, le Professeur Joseph HAMEL disait que,

⁷⁷⁶ Qui correspond à peu de choses près à la définition de la réputation, caractérisée par l'opinion que le public a des personnes, voir dictionnaire Litt^{ré}, édition 1968, page 1026, volume 3,

⁷⁷⁷ Voir, André BUTHURIEUX, précité, page 204. Ce que les Anglo-saxons appelleraient le « public goodwill ».

⁷⁷⁸ Voir, pour une étude de la notion de réputation, notamment par rapport à la notion d'honnêteté, Thierry SESSINS, précité, page 464 et suivantes, spécialement page 467.

⁷⁷⁹ Ibidem, page 472.

⁷⁸⁰ Qualité que l'on pourra retrouver chez le personnel des agences de notation. Cependant, pour plus de clarté dans l'exposé nous nous concentrerons sur le cas spécifique du banquier.

« les connaissances doivent se doubler le plus souvent de certaines appréciations sur l'honorabilité ou la solvabilité du client, ainsi que sur l'avenir de ses affaires ; or le banquier sera capable de faire utilement ces appréciations que s'il possède un certain nombre de qualités dont les livres ne lui donneront pas le secret... bon sens, connaissance des hommes, sang-froid, équilibre intellectuel, tout cela ne s'acquiert que par l'expérience et la volonté ; et pourtant tout cela joue un rôle capital dans la manière dont le banquier aborde les risques de sa profession... et c'est pourquoi il ne suffit pas que le banquier soit un homme savant, il faut encore qu'il soit un homme sage... »⁷⁸¹. En effet, la distribution du crédit n'aura de chances d'être saine que si les hommes qui en sont chargés, ont les qualités leur permettant de tirer des éléments à leur disposition une conclusion juste dans une proportion raisonnable de cas. « Ces qualités sont le fruit d'un ensemble de connaissances acquises et de dons innés : Droit, Technique, Psychologie, Bon Sens, Jugement, Flair, forment le sens du risque »⁷⁸².

284. Leur nature. Or, de psychologie, de bon sens, d'intelligence, le banquier ne devra pas en être démuné s'il désire apprécier justement les qualités morales et intellectuelles du chef d'entreprise. En effet, les qualités humaines ne s'appréhendent pas comme le fonds de roulement ou comme on effectue une projection de la rentabilité attendue d'un investissement. Pourtant elles sont, nous l'avons souligné, déterminantes pour l'octroi ou le refus du crédit, c'est-à-dire, en fait, pour la confiance à accorder, par le prêteur, à des hommes. Nous sommes là au cœur de l'instruction du dossier de crédit. Et les moyens dont dispose le dispensateur de crédit pour mener à bien cette analyse reposent pour l'essentiel sur son expérience, sa psychologie, son jugement... La psychologie en ce domaine est peut être l'outil le plus précieux pour juger de l'honnêteté d'un chef d'entreprise ou d'un dirigeant social. Elle est nécessaire pour noter les changements d'attitude ou de comportement. Si elle n'est pas une science exacte, elle ne doit pas pour autant être ignorée. La banque est un métier des sciences humaines, encore faut-il que le banquier connaisse bien ses clients. En effet, dans les affaires, la frontière est souvent floue entre l'honnêteté et la malhonnêteté⁷⁸³. Son jugement sur les aptitudes et la moralité du dirigeant, c'est-à-dire sa faculté à comprendre, à concevoir et à prendre des décisions justes, devra être mise en éveil. Mais tout cela ne s'apprend pas, seule l'expérience enseigne à interpréter les hésitations, les réticences, les émotions, les changements parfois mineurs d'attitude qui se manifestent dans le cours d'une conversation et qui viennent étayer ou infirmer telles informations objectives obtenues précédemment.

285. Leur expression. Nous l'aurons compris, tous ces talents, le banquier devra les mettre en oeuvre lors des conversations avec son emprunteur. Ce n'est effectivement pas en lisant des bilans et des comptes de résultats que le banquier se forgera une opinion ferme sur l'emprunteur. Comme on a pu le voir lorsque nous étudions les sources

781 Joseph HAMEL, propos instructif à l'ouvrage, « Le risque du crédit bancaire », Georges PETIT - DUTAILLIS, page 8.

782 Georges PETIT - DUTAILLIS, précité, page 40.

783 A reprendre La Fontaine, fables 12 – 7, « le crédit est l'âme du commerce... le plus petit marchand est savant sur ce point : pour sauver son crédit, il faut cacher sa perte ».

d'informations, le dialogue avec le client, lorsqu'il est empreint de transparence et de bonne foi, constitue un outil fondamental de la connaissance⁷⁸⁴ de l'affaire et des hommes qui la dirigent. Ainsi, le dialogue apparaît comme le moyen le plus sûr d'appréhender les aspects subjectifs de la confiance. Ce n'est que par le dialogue que le banquier pourra mesurer le comportement subjectif de son interlocuteur, et apprécier ses qualités d'intelligence, d'imagination, d'équilibre entre les exigences contraires de dynamisme et de réserve, lesquelles sont autant de garanties déterminantes pour l'avenir de l'entreprise et son adaptation souple aux circonstances. Ce n'est que par le dialogue que le banquier pourra affirmer et mettre en oeuvre ses talents d'intelligence, de psychologie, de discernement afin de dégager le caractère de son interlocuteur, sa solidité morale, sa correction dans les affaires. Comme le disait Roger Cuignet, « mêmes fugaces ou difficilement exprimables les réactions ainsi perçues vont peser d'un poids important sur la décision à prendre... car au même titre que les données subjectives, elles contribuent à forger la conviction intime du donneur de crédit à l'égard de la personne du crédit... »⁷⁸⁵. Le dialogue constitue donc pour le banquier un instrument nécessaire à la mise en oeuvre de son expérience et de ses compétences psychologiques et intellectuelles, et ce dans le but d'évaluer au mieux le comportement subjectif du demandeur de crédit⁷⁸⁶. C'est d'ailleurs un peu de tout cela qu'il aura besoin pour prendre la bonne décision. En effet, après avoir fait parler la technique financière pour apprécier les capacités du client à rembourser, après avoir porté un regard subjectif sur la personnalité du crédit, il devra également allier bon sens et capacité de jugement, et esprit de synthèse afin de contrebalancer les différents arguments. En somme, il devra en quelque sorte hiérarchiser les différentes informations obtenues tant objectives que subjectives. Hiérarchisation qui devra le guider vers la prise de décision.

C Hiérarchisation des critères.

286. La relativité des critères. Après avoir étudié l'entreprise sous l'angle objectif et subjectif l'établissement de crédit ou l'agence de notation devra conjuguer et mettre en balance les différentes informations qu'il aura pu en retenir afin de prendre sa décision. C'est là quelque chose de difficile que d'accorder tout leur poids aux différents éléments qui composent la dignité de crédit. L'acte de crédit, à reprendre le Professeur Jean-Pierre DESCHANEL, « repose sur une synthèse fort subtile, de faits, de données objectives et d'impression ramassant une foule d'informations de nature diverse »⁷⁸⁷. Et tel critère a

784 Selon André BUTHURIEUX, « la connaissance est l'état d'esprit de celui qui est informé et a la capacité de discernement », précité, page 198.

785 Voir, Roger CUIGNET, précité, page 14 in limine .

786 A ce titre, on peut se demander dans quelle mesure le réseau Internet est propice à la distribution du crédit. Sans doute est-ce là un formidable outil de vente à distance, pourtant il est certain que la relation *intuitu personae* n'est guère possible. Sans doute que l'adoption de la signature électronique introduit un peu plus de certitude quant à son interlocuteur, néanmoins la machine coupe tout lien entre le banquier et l'emprunteur.

787 Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 1097.

priori objectif et apparemment déterminant peut se voir écarté par l'impression du banquier qui s'est entretenu avec le dirigeant, lequel aura pu le convaincre de la qualité de son projet. A l'inverse, une bonne qualité de la relation peut se voir gauchie par un fait objectif, par exemple une mauvaise cotation du dirigeant qui apportera le doute dans l'esprit du créateur. Ceci nous convainc que les critères d'octroi ou de refus de crédit ont, dans leur ensemble, « une étonnante valeur relative ». Tel ou tel critère, déterminant dans un dossier sera sans force dans un autre, et ils n'en est guère au total dont on puisse généraliser la portée effective. Aucun, au surplus, n'a de valeur fixe, même dans un dossier précis à un moment déterminé, puisque selon les institutions de crédit la solution pourra varier. Le certain est qu'il n'existe pas de solution de crédit idéale ou unique qui fera que le dossier sera accepté par toutes les banques en fonction d'éléments objectifs de valeur décisive⁷⁸⁸. Bien souvent d'ailleurs, cette masse d'informations objectives aura plutôt pour résultat d'éliminer un dossier qui sera jugé indésirable, plutôt que pour fonction d'emporter la décision. Ainsi, une mauvaise cotation à la Banque de France, des engagements antérieurs non tenus, auront souvent pour effet le refus du banquier. En revanche, on ne peut pas dire de façon générale qu'une bonne cotation emportera *ipso facto* l'acceptation. Le banquier cherchera à confirmer l'information en se fondant sur d'autres éléments (qu'ils soient objectifs ou subjectifs) avant de se prononcer. Entre critères purement financiers, tirés de l'analyse financière, et critères subjectifs, tirés de l'expérience et de la psychologie, le banquier devra faire la synthèse⁷⁸⁹. Le légendaire flair ou *hunch* du banquier pourra l'amener dans une voie, tandis que l'analyse objective de certains critères financiers le conduira en sens opposé. Quels critères privilégier ? Car le banquier doit se décider.

287. Equation personnelle ou score de fait. Or, pour cela il devra établir une hiérarchie entre les différentes informations qu'il aura récoltées puis traitées. Ainsi, le responsable, en examinant l'ensemble des critères, leur attribuera de façon intuitive un coefficient de pondération. C'est sur une sorte « d'équation personnelle » que la décision de crédit se fera avec tous les doutes⁷⁹⁰ qu'elle pourra comporter. Et comme se plaît à le dire un auteur, « la prise de décision est nécessairement imparfaite...elle l'est par manque de temps, par manque d'élément sciemment ou non occultés, par les aléas du futur, par la tromperie dans certains cas, par la nécessité de faire confiance et d'aller vite d'une manière générale »⁷⁹¹. A ces paramètres on pourrait ajouter la politique des risques de l'institution, sa politique commerciale (conquérir de nouveaux clients) qui ne manqueront

788 Quoi que la réflexion soit à reprendre avec la technique du crédit-scoring. Voir notre seconde partie.

789 Voir, en ce sens, Roger CUIGNET, précité, n° 11, page 15 et suivantes.

790 Selon André BUTHURIEUX, précité, page 201, « le doute est le propre de l'homme mais tout particulièrement du décideur économique, qu'est le banquier. L'univers économique est indéterminé. Aussi, la décision du banquier est-elle prise avec de grandes incertitudes, des craintes, voire même des soupçons souvent mal vécus et mal identifiés. Se douter de quelque chose n'est-ce pas avoir le sentiment de ou avoir l'intuition de ? N'est-ce pas conjecturer, c'est-à-dire porter un jugement à partir de probabilité ou du moins à partir de présomption d'espérance de probabilité ? ».

791 Ibidem, page 199.

pas d'influencer la décision du décideur. De même que l'existence de liens familiaux avec un « gros » client ou l'existence d'un lien juridique avec un groupe. Ce lien pourrait ainsi donner aux chiffres une étonnante relativité. Cette situation se rencontrera lorsqu'une société fera partie d'un groupe industriel plus important. Dans ce schéma, le poids à accorder à la situation économique et financière propre à l'entreprise pourrait très vite se voir contredit par cet élément. Ainsi, il ne serait pas étonnant de voir un crédit être accordé sur cette base alors même, qu'objectivement, la situation financière propre à la société inclinerait au refus. L'appartenance à un groupe pourrait donc devenir un critère de la dignité de crédit à ne pas négliger. Toutefois, le banquier, ou l'agence de notation, devra se montrer prudent en l'espèce, car selon certains⁷⁹² « la parenté entre les sociétés n'est pas inscrite dans les gènes...elle est évolutive et, à l'exception des filiales cotées en bourse qui sont une espèce rare, cette évolution ne se fait pas dans la transparence immédiate...le faible contrôle externe de l'évolution de l'actionnariat nuit en soi à la possibilité de se fier à l'appartenance à un groupe comme critère de la dignité à l'obtention d'un crédit ». Bien au contraire, la pratique démontrerait que l'appartenance à un groupe augmenterait les risques de commissions de certaines infractions pénales comme la cavalerie de chèques ou d'effets de commerce, atténuant un peu plus l'intérêt à porter à ce critère⁷⁹³. Cependant, outre ces cas de fraudes, qui devraient demeurer peu fréquents, on peut légitimement penser que l'appartenance à un groupe de renommée nationale ou mondiale puisse devenir un critère de la dignité de crédit lorsque les liens juridiques et économiques seront parfaitement connus⁷⁹⁴. Tout cela démontre que la décision de crédit ou l'attribution d'une note peut très vite devenir une tâche ardue. Pour beaucoup, les difficultés se retrouvent lorsque le demandeur n'est plus cette fois un professionnel mais un particulier.

SECTION 2 Analyse dans le cadre du crédit aux particuliers.

288. Plan. Il est vrai que pour les particuliers l'analyse s'avère beaucoup plus simple que pour les professionnels. En effet, le particulier n'établit pas de bilan et autres documents comptables qui auraient nécessité l'intervention de l'analyse financière. En revanche, il n'en demeure pas moins que l'établissement de crédit devra là encore étudier sa capacité de remboursement afin de déterminer s'il pourra rembourser l'emprunt (I). Et comme en matière de crédit aux entreprises, on retrouvera l'élément subjectif de la confiance, la volonté de payer, qui, on doit le dire, est sans doute l'élément le plus important dans la distribution du crédit aux particuliers (II).

I Analyse du pouvoir payer.

792 Jean-Pierre MATTOU, « Des PME...aux groupes de sociétés », in colloque, « De l'endettement au surendettement des entreprises »^é, Gazette du Palais, 22 et 23 septembre 1999, page 21.

793 Ibidem .

794 A cet égard, le climat de transparence devant s'instaurer entre le demandeur et le banquier ou l'agence de notation, devrait pallier ces inconvénients. Voir sur ce point *supra*^{n°} 208 et suivants.

289. Démarche du banquier. On peut relever à cet égard que le banquier appréciera cet élément par une démarche comportant généralement ⁷⁹⁵ deux phases : la première consistant en l'analyse de la situation patrimoniale et financière du demandeur de crédit (A), tandis que la seconde phase se concentrera sur l'appréciation des revenus et de la capacité d'emprunt (B).

A L'appréciation du patrimoine et de la situation financière.

290. La situation financière sera déterminée par l'analyse du patrimoine du client. Pour cela, le banquier procédera à la somme de tout ce que le particulier possède, diminuée de tout ce qu'il doit. Ainsi, à l'actif de son patrimoine pourront être placés des éléments tels que biens immobiliers (maisons, terrains, appartements etc.) ou/et mobiliers (actions, obligations, placements financiers, dépôts à vue etc.). Au passif seront répertoriées les dettes de toute nature, telles qu'emprunts bancaires soit à court terme (crédit à la consommation, crédit de trésorerie...) soit à moyen ou long terme. Seront également recensées, si elles existent, les dettes fiscales, sociales et autres. Ainsi, par comparaison de ces divers éléments, le banquier établira un solde représentant la situation financière nette du particulier. Dans cette phase nous devons signaler que le banquier ne se contentera pas, bien souvent, de simplement répertorier l'actif mais portera un regard critique quant à la valeur à donner à ces biens.

291. Estimation de la valeur des biens. En effet, c'est une chose de mettre dans une colonne que le demandeur possède telle propriété, c'en est une autre que de porter une estimation sur la valeur réelle de ce bien. Ainsi, cette estimation pourra fluctuer en fonction, d'une part, du marché, et d'autre part, du professionnel qui évalue ce bien. Bien évidemment, le banquier pourra demander directement au client la valeur du bien en fonction, notamment, du prix d'achat qu'il aura payé, mais en pratique ce dernier aura tendance à surévaluer la valeur de son bien. Dès lors, le banquier doit être capable de contrôler le chiffre annoncé par son client, soit lui-même, s'il connaît bien le marché local, soit par recours à une expertise. Mais le certain est que la question de la valeur du bien ne doit pas rester sans réponse. Ce problème d'évaluation, le banquier le retrouvera également lors de l'estimation des biens mobiliers. Ainsi, à titre d'exemple, on sait que la valeur d'un portefeuille de placement est variable dans le temps, celui-ci étant sujet aux aléas du marché. Bien souvent d'ailleurs la valeur d'un tel bien n'est connue avec certitude que lors de la vente.

292. Possession des biens. A ces problèmes d'évaluation s'ajoute celui de la possession réelle des biens et de leur disponibilité. En effet, le patrimoine du particulier se confond fréquemment avec celui du ménage. Il convient alors de tenir compte de la situation matrimoniale du demandeur de crédit (marié, divorcé, célibataire) de l'existence d'un contrat de mariage, de la situation des héritiers. Pour illustrer notre propos le plus simple encore est de prendre un exemple. Si la personne est mariée sans contrat de mariage, c'est-à-dire sous le régime de la communauté légale, il y a fort à penser qu'en réalité le bien appartient à la communauté, en somme aux époux. Le banquier devra donc

⁷⁹⁵ Le terme « généralement » est ici employé car dans certains cas la connaissance du client par le banquier suite à une longue relation pourra permettre d'évaluer ces deux phases.

vérifier que son interlocuteur a la capacité d'engager seul ce patrimoine et à défaut obtenir l'engagement du conjoint. En l'absence de consentement, seul le patrimoine personnel du demandeur serait engagé, mais non l'actif communautaire sur lequel s'était fondé le banquier. Le même raisonnement peut être tenu en ce qui concerne le demandeur veuf, dont la succession du conjoint prédécédé n'est point encore partagée. Dans ce dernier cas, bien souvent, certains biens sont régis par le régime de l'indivision. Le banquier devra donc, en pratique, tenir compte de ces situations juridiques, qui peuvent amputer sérieusement la consistance apparente du patrimoine de celui qui s'engage. La propriété étant établie, encore faut-il que son propriétaire demandeur de crédit ait la possibilité d'en disposer de façon rapide.

293. Disponibilité des biens. Or, une situation du marché peu favorable (absence de mouvement, prix offert trop faible) ou un litige⁷⁹⁶ qui nécessite le *statu quo* pendant un certain temps, risque de compromettre sérieusement la disponibilité immédiate du bien. Le banquier, lors de son analyse, devra détecter et relever ces situations, de même que celles qui touchent à l'utilisation des biens. En effet, le propriétaire utilise-t-il les biens à titre personnel ou également à titre d'une quelconque activité professionnelle ? Car, en cas de difficultés de remboursement, la vente éventuelle du bien peut se trouver compromise, voire impossible si le bien sert de local professionnel. La vente aboutirait à la privation d'un outil de travail, ce qui en définitif, entamerait encore plus les chances de remboursement. Dans un ordre d'idées assez proche, le banquier devra se pencher lors de son analyse sur un aspect quelque peu subjectif qu'est le mode de gestion du patrimoine.

294. La gestion du patrimoine doit être prise en compte et appréciée car elle a fréquemment une influence déterminante sur la valorisation du patrimoine. Ainsi, quant au patrimoine immobilier, le banquier devra considérer dans son analyse le fait que le bien est utilisé à titre de logement principal, de résidence secondaire ou au contraire placé en location. Il est alors évident qu'un actif immobilier mis en location aura vocation à rapporter des revenus supplémentaires qui viendront étayer la solidité financière du demandeur de crédit et par voie de conséquence sa dignité de crédit. A ce titre, il est d'usage d'apprécier cette gestion (immobilière ou mobilière) en fonction de trois critères⁷⁹⁷ : la sécurité, c'est-à-dire l'absence de risque quant au capital placé et quasi-certitude de le récupérer ; la rentabilité, c'est-à-dire, le niveau de revenus issus des placements rapportés en capital placé, en tenant compte de la fiscalité ; et la liquidité, c'est-à-dire la possibilité de récupérer rapidement la valeur du placement. Mais la principale difficulté pour le banquier est que ces trois paramètres sont intimement liés les uns aux autres, et qu'il lui sera bien difficile de privilégier un critère sur l'autre afin de porter un jugement sur le dynamisme de la gestion de son interlocuteur.

B L'appréciation des revenus et de la capacité d'emprunt.

⁷⁹⁶ Par exemple, un locataire qui ne désire pas quitter les lieux (personnes âgées, handicapés etc.) peut retarder la vente libre de toute occupation, voire la bloquer.

⁷⁹⁷ En ce sens, Guy CAUDAMINE et Jean MONTIER, « Collecte et crédit : banque et marchés financiers », édition Economica, 1998, page 187.

295. Plan. Comme il a pu le faire pour l'appréciation du patrimoine du demandeur de crédit, le banquier va, dans cette seconde phase, s'attacher à appréhender l'état des revenus et des charges afin de vérifier la capacité d'endettement ou le besoin de financement du particulier.

1° L'état des revenus et des charges.

296. Etablissement. Le banquier établira cet état en recensant d'une part, les revenus du demandeur de crédit, et d'autre part, les différentes charges qu'il doit supporter. Bien évidemment, le terme « revenu » est à prendre ici au sens large, et ne doit pas être réduit à la perception des salaires ou assimilés. Ainsi, seront rangés dans cette catégorie : les revenus issus de l'activité du particulier (tels que salaires, honoraires, pensions, allocations familiales etc.), les revenus issus des biens immobiliers (loyers), ainsi que les revenus issus de placements financiers. Parmi les charges, le banquier opérera une ventilation entre d'une part, les charges financières liées au remboursement d'éventuels emprunts (à l'habitat ou à la consommation), aux impôts, aux primes d'assurances et aux autres charges sociales, aux dettes ou aux pensions à payer ; et d'autre part, les dépenses de consommation, et celles liées au logement telles que, par exemple, alimentation, habillement, loisirs, loyers etc., en somme celles liées au train de vie du ménage de la personne⁷⁹⁸. Enfin, le banquier établira l'état des dépenses d'investissement ou de placement⁷⁹⁹, qui, même si elles visent à grossir le patrimoine de la personne, grèvent les revenus d'un certain montant. Le banquier prendra soin, en pratique, d'opérer également une distinction entre les revenus et les charges qui ont vocation à perdurer, et les revenus et les charges considérés comme sujets à l'aléa, ou variables, ou non-définitifs. En effet, cette distinction permettra au banquier d'affiner son analyse de la solvabilité du particulier.

2° L'étude de la solvabilité du particulier.

297. Démarche du banquier. Par cette dernière le banquier va définir la capacité de l'emprunteur à faire face à ses engagements financiers. Le banquier procède traditionnellement par la mise en oeuvre de deux techniques d'analyse : le calcul du taux d'endettement et la méthode du budget type ou calcul du revenu résiduel.

298. L'approche par le ratio d'endettement ou le taux d'effort. Dans ce schéma, l'analyse de la dignité du particulier par la technique du taux d'effort est sans doute l'une des plus anciennes et l'une des plus répandues, notamment en matière immobilière.

⁷⁹⁸ Certains diront que « plus souvent à raison qu'à tort, le train de vie est le signe de la confiance que l'on inspire et de la solvabilité que l'on expose », Jean Carbonnier « Droit civil », tome II, 8e édition, page 88, n° 29, cité par A. Chirez, thèse précitée, page 182, n° 135. Selon ce dernier auteur, « un train de vie élevé inspirera confiance au créancier par le signe de richesse qu'il extériorise ». On devrait dire, à notre sens, qu'un train de vie élevé doit éveiller chez le banquier une suspicion devant l'amener à s'informer davantage, car s'il est vrai que le banquier se méfie des personnes dispendieuses et préfère au train de vie élevé un train de vie modeste ou discret, il n'existe pas, à notre sens, de rapport systématique entre le train de vie d'un individu et sa solvabilité réelle.

⁷⁹⁹ Constitution de capital, prélèvement pour un produit d'épargne.

Brièvement, on peut dire que cette technique trouve son assise dans les enquêtes de consommation, et part du postulat que le pourcentage des ressources qu'un ménage peut consacrer à l'un des postes de son budget, ne doit pas être très supérieur au pourcentage moyen établi sur l'ensemble de la population. La capacité d'endettement du particulier est simple de calcul puisqu'il suffit que le banquier compare charges et revenus, le solde (positif) représentant cette capacité. A ce titre, le banquier devra, certes mesurer l'importance et la pérennité des revenus, mais surtout, il devra estimer sur plusieurs années la différence revenus/charges, ainsi que la capacité du particulier à faire face aux divers aléas (dépenses imprévues et exceptionnelles, perte d'emploi, maladie etc.). A partir de cette analyse, sera déterminée la capacité d'endettement qui permettra de rembourser le crédit demandé durant la période d'emprunt. Cette proportion des différentes charges par rapport aux revenus, la structure des dépenses, sont les indicateurs, qui, comparés à des normes, donnent au banquier l'appréciation la plus objective possible. On estime ainsi que le coefficient d'endettement, c'est-à-dire le rapport entre les charges de remboursement des prêts et les revenus, ne doit pas dépasser en général 30 %⁸⁰⁰. Mais, il est vrai que ce ratio ne peut être pris pour universel. En effet, un couple gagnant 7.600 euros par mois pourra aisément supporter un endettement à hauteur de 50 % puisqu'il lui resterait 3.800 euros par mois. En revanche, un autre couple gagnant un salaire unique de 1.000 euros avec un taux d'endettement de 20 % ne disposerait plus que de 800 euros par mois. L'adoption de ce ratio manque donc de précision pour l'analyse de certaines situations. C'est pourquoi nous verrons plus loin que les banquiers l'utilisent souvent en complément d'autres méthodes de mesure de l'endettement. Mais ce calcul de la capacité d'endettement peut se transformer également en mesure du besoin de financement s'il apparaît un solde négatif entre les revenus et les charges. Dans cette situation, l'analyse de la solvabilité du particulier portera alors sur sa capacité à réduire ses dépenses, à trouver d'autres revenus, à vendre une partie de ses biens afin de faire face à ses échéances. Cette méthode est souvent menée lorsque le particulier demande à bénéficier d'un crédit de trésorerie qui devrait lui permettre d'attendre la perception du salaire. Cette analyse permettra alors à la banque de voir si elle peut se fonder sur le patrimoine de son client et sur ses ressources futures pour lui prêter les sommes nécessaires au règlement de ses dettes. L'étude préalable de la situation financière devient ici déterminante de la décision d'octroi ou de refus de crédit.

299. Limites de l'approche par le ratio d'endettement. Cette méthode qui a l'avantage de la simplicité, n'a, selon les spécialistes⁸⁰¹, pas de caractère discriminant. En effet, le principal obstacle provient de la définition que les établissements de crédit donnent des revenus. Faut-il que ceux-ci soient exhaustifs ? C'est-à-dire comprendre les allocations familiales, les pensions alimentaires, les avantages en nature etc. ? Faut-il retenir les revenus bruts ou nets ? Les lacunes de cette méthode exprimée sous la forme d'un ratio ont logiquement amené certains praticiens à améliorer leurs systèmes de

800 Ratio dont nous verrons dans notre seconde partie, dans quelle mesure il peut être pris en considération dans l'appréciation de la responsabilité du dispensateur de crédit, *infra* n° 1113,

801 Voir, Jean-Pierre DUFOIX et G_{aël} de Pontbriand, « Maîtriser le risque de la clientèle des particuliers », Revue Banque, 1995, n° 564, page 44.

sélection. A ce titre, la méthode du budget type apparaît aujourd'hui comme beaucoup plus pertinente et précise.

300. L'approche budgétaire consiste à estimer les dépenses type d'un ménage à partir de données de trois ordres. Des données déclaratives, principalement revenus, endettement, nombre de personnes à charge, adresse (les dépenses diffèrent en effet selon que l'on vit en région parisienne, en agglomération provinciale ou en zone rurale) ; des données calculées comme l'impôt sur le revenu, les allocations familiales, les aides personnalisées au logement ; des données provenant d'enquêtes sur la consommation des ménages (dépenses courantes différenciées selon les revenus, la composition de la famille, l'âge des enfants, la localisation etc.). La méthode consiste à établir le solde du budget type comme étant la différence entre les ressources et, d'une part, les dépenses spécifiques d'endettement (loyers, coût des véhicules automobiles, coût des études des enfants, pensions alimentaires, impôt sur le revenu etc.), d'autre part, les dépenses courantes assimilées à la moyenne statistique de la même catégorie sociale. Ce solde (s'il est positif) représente la capacité d'épargne ou les restrictions que le ménage doit s'imposer (s'il est négatif). Cette démarche part en somme de l'idée qu'il convient de prendre en compte tous les revenus et toutes les charges incompressibles d'un ménage, y compris les crédits accordés en cours de remboursement. Ainsi, la capacité d'épargne en résultant indiquera la possibilité ou non pour ce client, compte tenu de ses charges et des éléments de comportement, de rembourser le prêt demandé⁸⁰². On le voit donc, cette technique permet de déceler le pouvoir payer d'une personne, au même titre que les autres techniques précédemment vues⁸⁰³. Mais, le certain est que quelles que soient les méthodes utilisées, celles-ci sont inaptées à mesurer la volonté du demandeur de crédit à rembourser le prêt sollicité. Voyons si à l'instar des méthodes employées dans le crédit aux entreprises pour apprécier ce même élément, le banquier dispose d'armes supplémentaires ou similaires.

II L'analyse de la volonté de remboursement.

301. Importance de la volonté. Nous avons déjà signalé l'importance de cet élément pour la bonne fin du crédit. En effet, la volonté de tenir ses engagements, la personnalité, quelle que soit la « surface » de l'emprunteur, est au moins aussi importante, si ce n'est

⁸⁰² Il faut toutefois prendre avec mesure cette technique. En effet, il n'existe aucune corrélation simple entre des paramètres budgétaires, quels qu'ils soient, et des taux d'incidents ou des difficultés de remboursement. Tous les travaux statistiques menés par les établissements de crédit aboutissent à cette conclusion. Selon Bernard DROT, directeur au CETELEM, « cela n'a d'ailleurs rien d'étonnant : le comportement budgétaire de chacun relève de choix personnels et d'une hiérarchisation dans l'exécution des paiements, beaucoup plus que de savantes approches technocratiques définissant des prétendues zones d'équilibre ou de déséquilibre, théories que l'observation des faits vient sans cesse contredire », colloque de Dijon précité. Néanmoins, le prêteur ne doit pas accepter de laisser les clients glisser vers une position budgétaire atypique et marginale dont l'équilibre risquerait d'être compromis à la première difficulté. Il appartient donc au prêteur de fixer, le plus objectivement possible, les limites à ne pas dépasser. Et à cet égard, seul l'analyse statistique le permet.

⁸⁰³ Voir en ce sens, Jean-Pierre DUFOIX et G. de Ponbriand, précité, page 46 et Jean-Pierre DUFOIX, « L'apport du budget-type », Banque magazine, n° 608, 1999, page 45 et suivantes.

plus, s'agissant des prêts aux particuliers. Ainsi, le même prêt pour le même achat sur la même durée, avec des situations financières et des revenus identiques, si son horizon dépasse trois ans ou quatre ans, peut se terminer en contentieux avec un emprunteur et en « bonne fin » pour l'autre, du seul fait de leur « psycho-type ». Et à lire certaines réflexions⁸⁰⁴, la crise n'explique pas tout. Dans la société actuelle, des notions morales telles que l'engagement et la promesse ont perdu de leur force. Il existe des « drogués du crédit » au fort appétit de consommation qui n'hésitent pas à abuser du crédit pour assouvir leurs besoins. Ces derniers n'attachent pas à la parole donnée la valeur d'un engagement irréfragable. « La bonne foi du débiteur est un élément capital pour la bonne fin des engagements... s'il est honnête, le crédité fera tout son possible pour rembourser, même si les événements contrarient ses projets ; s'il est malhonnête, de quelles facilités et de combien d'appuis ne bénéficiera-t-il pas pour berner son créancier ! »⁸⁰⁵. Ce discours tend à démontrer l'importance du critère de la volonté dans l'appréciation de la dignité de crédit d'un particulier. Il ne s'agit pas là d'un artifice purement théorique, mais cela fait partie de la réalité quotidienne de l'activité bancaire. D'où la nécessité d'étudier cette notion dans le crédit aux particuliers. Diffère-t-elle de celle que nous avons étudiée pour les professionnels ?

A Personnalité du crédité particulier.

302. Principe de la parole donnée. On sait que juridiquement, le prêt se définit comme le contrat par lequel une personne, le prêteur, remet à une autre, l'emprunteur, une chose que celui-ci s'engage à restituer en nature ou par équivalence après s'en être servi pendant un certain temps⁸⁰⁶. La part d'engagement est donc bien présente chez le débiteur emprunteur et se formalise par la signature d'un contrat. Mais, la simple signature au bas d'un contrat ne suffit pas, et l'on sait que le contrat de crédit est avant tout fondé sur la confiance. Or, celle-ci procédera, pour le banquier, de la connaissance de la personne du débiteur. Le banquier doit en effet avoir confiance en son débiteur, car l'on ne peut traiter avec quelqu'un dont on est convaincu qu'il n'exécutera pas ses engagements. A ce titre, les qualités de loyauté, de probité et d'honorabilité, laissent présager que le débiteur fera « honneur » à la parole donnée.

303. Banalisation du crédit. Mais à l'heure de l'avènement d'une société de consommation à crédit, qu'en est-il de cette honorabilité, de cette volonté de payer ? En effet, les particuliers ont pratiqué le crédit comme un mode de vie, si ce n'est comme un art de vivre. Les conditions économiques de ces trente dernières années ne se prêtant guère à son interdiction, la méfiance s'est évanouie laissant place à la nécessité, encadrée par une réglementation qui se veut contraignante, mais qui consacre néanmoins le rôle éminent du crédit à la consommation dans le processus économique. Le crédit permet aujourd'hui le financement d'objets de pur confort et de statut social. Élément moteur de la consommation de masse, le crédit à la consommation devient un

804 « La banque et ses clients », AFB : réflexion, 1993, page 50.

805 Georges PETIT - DUTAILLIS, précité, page 316.

806 Voir références citées par Sophie GJIDARA, « L'endettement et de droit privé », LGDJ, 1999, n°70, page 53 note 33.

mode d'achat raisonné. Désormais, la bonne gestion du revenu des ménages passe par une mensualisation des achats d'une certaine importance. Sur ce, les innovations technologiques et la sollicitude des banques à l'égard du marché des particuliers, ainsi que les multiples incitations étatiques à la consommation, ont conduit à faire du crédit un élément normal et accepté de la vie économique et financière. Actuellement, le crédit constitue une donnée essentielle de la gestion du patrimoine personnel. On assiste alors à une véritable banalisation du crédit⁸⁰⁷, mais avec comme corollaire la multiplication et la vulgarisation des défaillances de paiement.

304. Déliaquescence du sentiment d'engagement. C'est qu'en effet aujourd'hui le fameux proverbe « qui paie ses dettes s'enrichit » a largement perdu de sa force d'antan. A l'image du « Panurge » de Rabelais, on s'éloigne de l'idée d'un débiteur vertueux et soucieux de son engagement. A la manière de Pantagruel, lorsque le banquier s'inquiète de la date à laquelle leurs débiteurs comptent acquitter leurs dettes, ces derniers seraient tentés de répondre comme ce dernier, avec désinvolture, « Es calendes grecques »⁸⁰⁸. La nécessité d'acquitter ses dettes et de respecter la promesse faite s'est amoindrie à une époque marquée par la multiplication des emprunts et par l'émergence de cette conception nouvelle de l'existence, dans laquelle le crédit tient une large place. Or, cette banalisation du crédit a engendré une déliaquescence du sentiment d'obligation et d'engagement chez le débiteur⁸⁰⁹. L'analyse positiviste du contrat illustre d'ailleurs parfaitement cette évolution.

305. Déliaquescence stigmatisée en théorie juridique. En effet, de la traditionnelle autonomie de la volonté marquée par la liberté contractuelle et le consensualisme, on est passé à la théorie de la confiance légitime⁸¹⁰. De par cette théorie, la force obligatoire du contrat ne tirerait plus sa force de la volonté du débiteur ou même sur l'accord des parties, mais elle se fonderait sur la confiance légitime du créancier dans la promesse qu'il a acceptée. De là, l'obligation tirerait sa force de l'attente raisonnable du destinataire de la promesse, en l'espèce du banquier. Le fondement de l'obligation ne se trouverait pas dans le prétendu pouvoir de la volonté de s'auto-engager, mais dans la confiance normale et typique que la promesse suscite chez son destinataire, c'est-à-dire le créancier. En somme, par cette théorie, on replace la volonté dans son contexte social et économique, et non plus philosophique⁸¹¹. Il devient alors évident que face à la distribution de masse du crédit, le rôle de la volonté, du « vouloir payer » s'efface quelque peu. Cela ne veut, bien évidemment, pas dire que cet élément ne soit pas important. Bien au contraire, un

807 Ce qui fait dire à certains que « l'emprunteur réputé faire défaut économiquement parlant n'est donc plus celui qui n'honore pas ses dettes, mais celui qui répugne à s'endetter », *ibidem*, n°31, page 70.

808 F. Dumont, « Les dettes de Panurge », études d'histoire du droit privé offertes à P. Petot, Dalloz, 1959, page 147.

809 Déliaquescence beaucoup plus prononcée pour les crédits à la consommation où le phénomène de masse et de banalisation s'applique particulièrement.

810 Sur cette théorie, voir Sophie GJIDARA, précité, notamment page 314 à 317.

811 Idée qu'on retrouve dans l'analyse économique du contrat de source anglo-américaine, *ibidem*, pages 318 et 319.

particulier emprunteur animé d'un sens aigu de la parole donnée mettra un point d'honneur à honorer ses dettes, même s'il doit passer par de multiples sacrifices. Ce que nous voulons dire concernant les particuliers, surtout dans le crédit à la consommation, c'est que le respect de la parole donnée devient plus fragile, l'engagement étant considéré comme moins important, plus banal. La jurisprudence se fait d'ailleurs l'écho de cet état de fait à travers la notion de bonne foi contractuelle.

306. Déliaquescence stigmatisée en jurisprudence. Le consommateur emprunteur n'est plus sanctionné parce qu'il faillit à sa promesse, mais parce qu'il aura été de mauvaise foi lors de la conclusion du contrat ou lors de son exécution. Cette mauvaise foi suppose l'existence d'un élément intentionnel, c'est-à-dire la volonté de s'endetter sciemment au détriment de son créancier. Ainsi, à titre d'exemple, ont été jugé de mauvaise foi les débiteurs qui ont « sciemment et méthodiquement organisé leur endettement »⁸¹², « qui ont de propos délibérés, masqué leur cessation de paiement (...) prolongé artificiellement leur situation en parfaite connaissance de leur impuissance à faire face à ces nouvelles obligations (...) et ont poursuivi leur existence aux dépens d'autrui »⁸¹³. Ont également été considéré comme étant de mauvaise foi ceux qui ont multiplié les engagements auprès de prêteurs volontairement sélectionnés pour qu'ils ignorent l'endettement⁸¹⁴. Par opposition, la bonne foi apparaît comme une norme morale de comportement qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusives de toute intention malveillante⁸¹⁵. Nous pouvons donc dire au regard de cette dernière définition que comme pour le crédit aux entreprises, l'analyse ou la recherche par le banquier de critères comme l'honnêteté, l'honorabilité ou la moralité, demeure un gage de la volonté de respecter la parole donnée et par voie de conséquence du bon déroulement du crédit. Mais, si le « vouloir payer » apparaît comme primordial pour la bonne exécution du crédit, il ne faut pas masquer la réalité de la pratique bancaire.

307. Difficultés pratiques d'appréciation du « vouloir payer ». En effet, devant la masse des crédits distribués aux particuliers, il apparaît difficile au banquier de consacrer le temps nécessaire pour une juste appréciation de ces données. Le phénomène est d'autant plus vrai pour le crédit à la consommation que bien souvent (vente à tempérament notamment), ce n'est pas le banquier lui-même qui est au contact de la personne, mais le vendeur-prescripteur de crédit qui recueille les renseignements nécessaires à l'analyse de la dignité du crédit. Or, comme nous avons pu le voir pour les crédits aux entreprises, des qualités de fin psychologue sont parfois nécessaires pour apprécier si son interlocuteur possède ou non ces attributs. Dès lors, l'analyse de cet

812 Cour appel de Bourges, 1er chambre, 3 mai 1993, *Revue Juridique du Centre-Ouest*, janvier 1994, n° 13, page 134.

813 Cour d'appel de Versailles, 29 novembre 1990, *Dalloz* 1991, page 253, note Jean-Luc VALLENS ; Cour d'appel de Paris, 23 février 1996, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1996, page 710, n°1, observations Gilles Paisant.

814 Cour d'appel de Versailles, 20 décembre 1990, *Dalloz*, 1991, page 197, note Jean-Luc Aubert ; *Revue des Procédures Collectives*, 1992, n° 11, page 46, observations P-M. Le Corre.

815 Yves PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in « *L'acte de juge et l'exécution* », colloque de I.D.A. d'Aix-Marseille du 28 mai 1993, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, page 57 et suivantes.

aspect de la dignité de crédit se résumera, pour l'établissement de crédit, à la recherche d'un fichage au FICP. Force est donc de constater que l'établissement de crédit, de par le mode de distribution du crédit, mais aussi de par le volume des crédits distribués⁸¹⁶, est particulièrement démuné quant à l'appréciation de notions comme l'honorabilité, la moralité ou la personnalité de l'emprunteur. Il est cependant vrai que les banques universelles sont souvent mieux loties sur ce point que les sociétés financières, qui n'ont pas, comme les premières, l'expérience de la relation de clientèle. Pour ces dernières, l'existence ou non d'incidents de paiement apparaît comme la seule méthode fiable d'identification de la volonté de l'emprunteur à honorer la parole donnée. Néanmoins, concernant ce fichier, outre les erreurs qui peuvent s'y glisser, un incident de parcours est toujours possible et n'est pas forcément un révélateur constant de la dignité du demandeur de crédit. En effet, on peut ici transposer la réflexion que nous avons pu avoir pour les crédits distribués aux professionnels, consistant à dire que l'honorabilité, l'honnêteté ne sont pas des éléments stables de la vie d'une personne. Ce qui complique davantage la tâche de l'établissement de crédit car, on le sait, le crédit s'inscrit sur la durée. Telle qualité ou fait qu'on croyait certain aujourd'hui disparaît quelques années plus tard, venant perturber les prévisions et l'analyse du risque faite *ab initio*. Le facteur temps est en effet un élément consubstantiel à l'opération de crédit qui rend l'analyse du risque particulièrement délicate. Un critère qui existait lors de l'analyse initiale de la dignité peut disparaître et entraîner des difficultés ou la cessation des paiements de la personne à laquelle on a fait crédit. Néanmoins, on ne peut demander au banquier d'avoir le don de pythonisse, celui-ci ayant déjà fort à faire pour donner aux différents critères de la dignité le poids qu'ils méritent.

B Hiérarchisation des critères.

308. Approche des critères. Comme en matière de crédit aux entreprises, le banquier dans son analyse traditionnelle, va accorder à chaque variable un poids, une importance plus ou moins forte suivant les intérêts, le caractère discriminant qu'il lui porte. Généralement, le banquier accorde une importance considérable aux revenus réguliers perçus par le demandeur de crédit. Ce choix paraît tout à fait évident dans la mesure où seuls ceux-ci permettront le remboursement du prêt. À côté, il attachera de l'importance aux dépenses réalisées par le particulier. C'est là encore un élément important de l'analyse de la dignité qui peut fortement grever le critère du revenu. En effet, le comportement dépensier d'une personne ou d'un couple aux forts revenus risque d'avoir des conséquences négatives sur le remboursement du crédit. C'est donc indirectement le mode de vie de la personne emprunteuse que le banquier sera dans l'obligation de mesurer à l'aune de l'observation des dépenses⁸¹⁷. À l'inverse, un mode de vie moins dispendieux chez une personne aux revenus beaucoup plus modestes sera gage de bonne fin du crédit. Celle-ci concentre ses efforts sur le remboursement du crédit. On le voit donc, le critère des dépenses et de son corollaire, le comportement de consommation de la personne, est également d'un intérêt important pour la mesure de la dignité. Bien

816 Mais aussi par le souci d'assurer la rapidité des transactions.

817 Il convient de signaler que l'établissement de crédit ne devra pas trop pousser cette analyse au risque de se voir reprocher une immixtion dans la vie privée de la personne, ce qui pourrait être sanctionnée sur la base de l'article 9 du Code civil.

évidemment, l'établissement de crédit dans son analyse traditionnelle et son travail de hiérarchisation des critères prendra en compte des éléments tels que l'âge, la situation matrimoniale, et la catégorie socioprofessionnelle du demandeur. Ainsi, pour ce dernier critère, il est traditionnellement admis qu'un fonctionnaire, sécurité de l'emploi oblige, a plus de chances de rembourser qu'une personne travaillant dans le secteur du bâtiment sujet aux crises et donc soumis à une possibilité de licenciement.

309. Score de fait. Mais, dans l'analyse des différents critères, même s'il existe des standards, le banquier possède ses propres critères, sa propre expérience qui fera que dans un cas le crédit sera refusé et dans l'autre accepté. En somme, chaque agent qui analyse la dignité de crédit du demandeur particulier opère une pondération des critères en fonction de son vécu, de son expérience, et donc pas toujours à l'aide de techniques purement rationnelles et objectives. Comme en matière de crédit aux entreprises, le banquier effectue son « équation personnelle » afin de prendre la décision d'octroi ou de refus. Et à cet égard, le refus ou l'acceptation peut tenir à des critères extérieurs aux qualités du demandeur et/ou de l'agent. En effet, lorsque l'établissement de crédit s'apprête à prendre une décision concernant un crédit à un client, il ne peut pas prendre en considération, parmi les éléments de la décision, la relation bancaire qu'il entretient avec ce dernier. Ainsi, malgré un dossier qui inclinerait objectivement à opposer une décision de refus, le banquier accordera le crédit parce que la personne est cliente depuis une longue date et n'a jamais fait faux bond.

310. Limites de l'analyse traditionnelle. Cependant, si cette réflexion reste valable lorsqu'il s'agit d'étudier un nombre raisonnable de dossiers, elle trouve rapidement ses limites lorsqu'il s'agit de traiter des millions de dossiers. En effet, l'on a assisté ces 20 dernières années à une explosion des crédits à la consommation, ventes à tempérament notamment. Il est alors clair qu'un établissement de crédit a peu de temps pour examiner chaque dossier avec la minutie qui devrait s'imposer. Et à cela s'ajoute le fait que l'établissement financier, songeons à l'achat à tempérament d'une voiture, d'une télévision ou d'une machine à laver, n'est pas en contact direct avec l'acheteur et reçoit le dossier qui lui est adressé par le vendeur. Jusqu'à une certaine époque, l'établissement financier ne retenait que quelques critères de bon sens qui lui paraissaient éclairer son approche du risque encouru. Mais, dans ce genre d'opération, il faisait confiance au vendeur⁸¹⁸ qui, il faut l'avouer, ne connaissait pas plus l'acheteur, son avantage se limitant à la rencontre physique. Or, si l'établissement de crédit arrivait au bout de quelque temps à sélectionner les vendeurs avec « flair », il faut reconnaître que la méthode n'avait pratiquement rien de scientifique. C'est pourquoi, les établissements de crédit, et surtout les sociétés financières spécialisées dans la distribution du crédit à la consommation, ont mis au point des processus de rationalisation complexes à l'aide d'une technologie à évolution rapide. En rupture totale avec les méthodes traditionnelles que nous venons de voir, la technique du crédit-scoring avait vu le jour. Depuis, celle-ci est devenue incontournable et indispensable à qui veut étudier objectivement et complètement la dignité de crédit d'une personne. C'est à cette nouvelle forme d'analyse du risque que nous allons consacrer nos prochains développements.

818 On peut se demander en quoi le lien intuitif personnel au contrat de crédit subsiste encore entre l'acheteur et l'établissement de crédit. Il y a là, selon nous, une sorte de confiance par substitut inhérent.

CHAPITRE 2 TRAITEMENT DE L'INFORMATION PAR LA TECHNIQUE DU SCORING.

311. Contexte de développement du crédit-scoring. Depuis le milieu des années 80, la concurrence entre les banques consentant des prêts aux particuliers s'est exacerbée. En effet, les sociétés spécialisées doivent maintenant lutter contre les banques dites généralistes qui souhaitent fidéliser leurs propres clients (et qui sont théoriquement mieux placées pour connaître leurs capacités d'endettement), les distributeurs qui désirent faciliter et augmenter leurs ventes (cartes privatives des chaînes de distribution, vente par correspondance...), et même les compagnies d'assurances qui développent les services financiers à leur clientèle. On assiste dans le même temps à une grande diversification des offres principalement dans le domaine du crédit à la consommation. Ces derniers se divisent en deux grandes catégories : les crédits dits affectés⁸¹⁹, par opposition aux crédits dits non affectés⁸²⁰. Dans la première catégorie on retrouve la location avec option d'achat⁸²¹, et la célèbre vente à tempérament qui a pour but de faciliter l'achat d'un bien par le fractionnement de ses paiements⁸²². Dans la seconde catégorie de crédit, on retrouve une grande diversité de produits proposés qui va du découvert en compte, au prêt personnel en passant par le crédit renouvelable⁸²³. Dans ce dernier type de crédit, le bénéficiaire va se voir ouvrir une ligne de crédit utilisable à tout moment à laquelle on associe souvent une carte de crédit⁸²⁴. Or, cette augmentation de la concurrence et de la diversité des offres a eu au moins deux conséquences : d'une part, un accroissement des coûts commerciaux, lié à une moindre productivité des réseaux et une augmentation des investissements publicitaires, et, d'autre part, une concurrence certaine sur les taux d'intérêt, notamment pour les prêts immobiliers. Il en est donc résulté une réduction des marges des établissements de crédit. Après une baisse des encours distribués chez les ménages entre 1990 et 1995, la tendance est à la hausse de l'endettement, malgré le dépôt de dossiers de surendettement de plus en plus nombreux,

819 Ces crédits se caractérisent par l'affectation contractuelle du financement à l'achat d'un bien ou d'une prestation de services déterminée, Conseil Economique et Social, 2000, page 40.

820 Dans ce second type de crédit, le consommateur est libre d'acheter ce que bon lui semble, sans engagement à l'égard du prêteur, Conseil et économique et social, 2000, page 40.

821 Au terme d' l'article 1302 du Code monétaire et financier, les opérations de location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit. Leur objet est de permettre l'utilisation d'un bien de consommation pendant la période de location puis, le cas échéant, son acquisition par la levée de l'option d'achat, *ibidem*, page 41.

822 Sur les difficultés de qualification de certaines opérations, voir Marie-Pierre BAUDIN-MAURIN, « L'avènement de la notion de dette ménagère à crédit », *Revue de Recherche Juridique*, 2000/4, page 1471 et suivantes.

823 Appelé encore crédit permanent ou crédit revolving.

824 Sur la diversité des cartes proposées, voir Conseil Economique et Social précité.

le crédit à la consommation n'y étant pas totalement étranger. Bien évidemment, dans ce contexte, le niveau d'incidents de paiement et d'impayés augmente, contribuant encore plus à la baisse des marges des établissements de crédit. Or, afin de maintenir, et si possible, d'améliorer leur productivité, les établissements de crédit ont dû impérativement mettre en place une politique rigoureuse d'évaluation *a priori* des capacités d'endettement et de la solvabilité des clients. Pour cela, ils disposent des outils de l'analyse traditionnels ainsi que du recours aux centrales d'informations, mais face à une demande dont la solvabilité est réputée plus fragile, ces méthodes ne suffisent plus. Et le recours à des techniques plus performantes en matière d'analyse du risque était nécessaire. Le crédit-scoring vise précisément à répondre à ces attentes de sélection rigoureuse.

312. Définition du terme. Née dans les années 50 aux États-Unis, cette technique a été mise en oeuvre en France dans les années 80⁸²⁵. Si l'on voulait traduire littéralement les termes de l'expression, on pourrait définir le mot *scoring* par marquer des points ou noter. En effet, en anglais, score signifie point. Appliqué à la matière du crédit, *scoring* signifierait affecter une note à chaque élément d'un fichier ou d'un dossier. Cette traduction n'étant pas suffisamment parlante et synthétique, les spécialistes ont préféré conserver la formule anglo saxonne, n'en déplaise aux défenseurs de la langue française. Cependant, nous avons là une définition encore trop vague pour rendre compte de la réalité de la technique. En effet, le score est un système de notation fondé sur des études statistiques, dont le résultat (la note attribuée à chaque individu) est représentatif d'une variable discriminante connue *a posteriori*, qui est le plus souvent la réalisation effectivement constatée du risque de l'individu⁸²⁶. La popularité de la méthode du score chez les établissements de crédit vient de la simplicité de son principe et de sa mise en oeuvre. En effet, techniquement et *a priori*, le score peut être mis en oeuvre à l'aide d'une simple feuille de papier et d'un crayon. Il suffit d'un questionnaire et d'un barème afin d'effectuer une addition des résultats obtenus sur chaque variable. En effet, chaque question renseigne sur une variable (situation de famille, âge, revenu etc.), le barème associe une note à chaque réponse, on obtient la note finale en additionnant les notes partielles. A première vue, la technique paraît avoir la difficulté des jeux de l'été. Mais il faut tout de suite signaler que sous cette forme, une note score serait aisément falsifiable et les erreurs difficilement vérifiables. De plus, le gain de temps serait peu important par rapport à l'analyse traditionnelle, car comme nous avons pu le dire, le banquier établit spontanément cette notation⁸²⁷.

313. Apport de l'outil informatique. C'est pourquoi, afin d'éviter ces travers, mais surtout pour augmenter l'efficacité de la technique, l'outil informatique est apparu indispensable. Il est fréquent qu'on parle de ces systèmes, y compris dans le grand public, mais sans en connaître réellement le fondement technique, pas plus d'ailleurs que le niveau de performance. Il faut en effet savoir que la technique du score n'a aujourd'hui rien de commun avec les grilles d'évaluation chiffrées, telles que la masse populaire peut

825 Voir, Dominique MONERA, « Le crédit-scoring et le risque client », Revue Banque, n° 519, septembre 1991, page 801.

826 Voir, Fabrice MOLY, « Comment évaluer le risque client ? », Revue Banque, n° 523, janvier 1992, page 46.

827 Voir supra n°
287 et n° 309.

en imaginer ou telles qu'elles leur sont présentées. Produit de l'application des techniques statistiques sophistiquées à des échantillons de taille colossale (plusieurs millions d'individus), le *scoring* (dont l'une des grandes particularités est notamment de rendre compte du niveau d'interdépendance et/ou de redondances de plusieurs variables), permet d'attacher à chaque demande de crédit une probabilité de bon déroulement avec une précision de l'ordre du dix millième. En effet, cette technique consiste à identifier les principales données qui se rencontrent généralement dans les cas de pertes (catégories socioprofessionnelles, nombre d'enfants etc.) relevées dans un fichier historique⁸²⁸. Leur caractère discriminant résulte de la recherche de corrélations et non pas de simples dires d'experts. Le croisement de ces données détermine des groupes de population dont l'exploitation du fichier fournit la probabilité des pertes. Le score est donc fondé sur le postulat d'identité entre le référentiel et la population traitée, l'expérience du passé devant permettre de prédire l'avenir⁸²⁹. La précision de ce système est donc sans commune mesure avec la grille remplie manuellement par l'employé de banque qui permettrait au mieux une précision de l'ordre de 10 %⁸³⁰. Les techniques actuelles des scores sont donc capables d'une très grande précision dans l'analyse du risque. Cette précision n'est pas étrangère au développement de l'outil informatique qui permet le traitement rapide et efficace des très nombreuses données nécessaires à l'élaboration et au calcul du score⁸³¹.

314. Définition du *scoring*. Une des caractéristiques du *scoring* est donc d'être souvent, si ce n'est systématiquement, mis en oeuvre par le truchement de l'ordinateur. Il s'agit donc au final d'une procédure automatisée⁸³² d'aide à la décision, car la note est automatiquement calculée par l'ordinateur après l'entrée des variables. Le programme élaboré, effectivement mis en mémoire dans les ordinateurs, traitera les informations transmises auparavant par le client et répondra par la détermination d'une note. A partir de là, nous pouvons définir de façon complète le *scoring* comme un procédé de calcul automatisé de l'appréciation du risque à partir de calculs de probabilité, de données statistiques, et faisant appel à des traitements automatisés d'informations nominatives, qui affecte aux informations collectées auprès des personnes une pondération différente en fonction de critères préétablis. Le traitement donne un résultat global en fonction duquel

828 Cet historique est constitué à partir des dossiers d'impayés, de recouvrement, ou encore passés en provision. Entretien, Patrick Douchez, CIC Paris ; Dominique Tramini, CETELEM.

829 Voir, Jean-Pierre DUFOIX et G_{aël} de Ponbriand, « Maîtriser le risque de la clientèle des particuliers », Revue Banque, n° 564, novembre 1995, page 44.

830 Bernard DROT, précité.

831 La méthode du *scoring* repose en effet « sur la capacité de traitement des ordinateurs à classer des individus à partir de caractéristiques définies selon des typologies abstraites ou déterminées sur la base de calcul de probabilité ou statistiques », rapport d'activité CNIL, 1998, page 115 ; Patrick GA_TTI, « L'introduction de techniques statistiques de score dans une activité bancaire », Banque Stratégie n° 106, juin 1994, page 19.

832 Voir, Jean Matouk, précité, page 624.

une appréciation est portée sur l'acceptation du risque par l'établissement de crédit concerné⁸³³.

315. Champ d'application de la technique. C'est donc une technique, largement éprouvée dans la distribution du crédit aux particuliers, qui se nourrit d'informations issues de fichiers internes et externes à l'établissement de crédit ainsi que des déclarations issues du client. Mais, si le *scoring* est une technique particulièrement adaptée aux crédits aux particuliers (section 1), le nombre de variables à prendre en compte étant relativement faible, on ne peut en dire de même lorsqu'il s'agit de sélectionner une clientèle professionnelle (section 2). En effet, l'évaluation de la solvabilité et de la capacité de remboursement d'une entreprise est, comme nous avons pu le démontrer précédemment, beaucoup plus complexe en ce qu'il faut prendre en compte pour cela un nombre de paramètres beaucoup plus important. Les variables à prendre en considération, les corrélations entre celles-ci étant plus complexes, on peut comprendre que l'automatisation de l'analyse de la décision par la technique du crédit-scoring soit beaucoup moins développée et répandue s'agissant du crédit aux entreprises. Néanmoins, des travaux ont été réalisés dans ce sens, notamment par la Banque de France, qui a mis à la disposition des banques des scores fondés sur l'analyse discriminante de certains ratios. Mais, nous ferons remarquer que ces scores Banque de France n'ont pas encore suscité autant d'intérêt que la cotation qu'elle établit sur les entreprises et les dirigeants qui, si elle n'utilise pas la technique du score, peut largement être assimilée à une notation, en somme à une forme de score.

SECTION 1 Le crédit-scoring appliqué aux particuliers.

316. Différentes applications du *scoring*. Avant toute chose, nous devons faire remarquer sous cet intitulé qu'il existe diverses formes de score. Le crédit-scoring représente l'une de celles-ci. On ne peut donc d'emblée réduire le terme score ou *scoring* à la seule expression de crédit-scoring. Si le premier terme englobe la technique du crédit-scoring, l'inverse n'est pas vrai. C'est qu'en effet, il existe différentes formes d'application de la technique du score. Ainsi, on retrouve des scores de comportement, de recouvrement, de préacceptation ou d'acceptation. Le score de comportement ou *scoring* de comportement permet de surveiller le portefeuille des crédits, d'augmenter les plafonds des crédits *revolving*, de gérer les autorisations de découvert, de réagir face aux incidents mineurs. Ce score ne permet pas une sélection *a priori* du client, elle permet seulement la gestion du ou des comptes du client et de ses crédits. De même, le *scoring* de recouvrement, qui permet d'accélérer les procédures de récupération des dettes sur les

833 Sophie NERBONNE, « La technique du score sous surveillance », *Revue Banque*, n° 595, septembre 1998, page 37. Voir aussi

pour une définition de la technique, Ariane MOLE, « La loi informatique et libertés et les techniques de sélections de la clientèle par les organismes de crédit », *Petites Affiches*, n° 111, 18 septembre 1986, page 119 ; Michel VASSEUR, rapport de synthèse du colloque sur « L'entreprise et l'informatique », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, septembre et octobre 1977, page 373 ; 19e rapport CNIL, 1998, page 115 ; 6e rapport CNIL, 1985, page 1981 ; Marc SCHAUSS, « Les propositions de directives de la communauté européenne sur la protection des données : menace sur les transactions financières », *Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1992/4, page 47 ; « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », documentation française, CNIL, pages 109-110 ; Guy CAUDAMINE et Jean MONTIER, précité, page 190.

dossiers les plus risqués, n'établit pas de sélection quant à la décision d'octroi ou de refus de crédit. En revanche, plus proche de la notion de crédit-scoring, on trouve le score de préacceptation (ou pré-scoring) qui permet d'effectuer une sélection *a priori* dans un fichier de clients ne disposant pas encore de crédit. Dans cette approche, il s'agit pour l'établissement de crédit de choisir des clients ayant le plus fort potentiel, c'est-à-dire ceux qui sont à la fois demandeur de crédit et peu risqués. Ces clients potentiels d'un produit de crédit pourront ainsi faire l'objet d'une offre pré-acceptée, autrement dit, s'ils répondent à l'offre, ils obtiendront automatiquement leur prêt sans contrôle supplémentaire. La sélection repose en fait sur la base de caractéristiques comportementales du client déjà enregistrées dans les fichiers de l'établissement, par exemple : montant total des avoirs, nombre de jours de découvert, produits détenus, incidents, ancienneté etc. On s'aperçoit que cette application de la méthode des scores permet uniquement la sélection des clients de la banque. En effet, sa mise en oeuvre n'est possible que si les établissements de crédit possèdent déjà des informations sur la personne. Or, tel ne sera pas le cas pour une personne qui n'est pas cliente de la banque, c'est-à-dire qui ne possède pas de compte dans l'établissement. C'est donc une autre forme de score qui devra s'appliquer pour les demandeurs de crédit dit « prospects ». Il s'agira dans cette hypothèse du score d'acceptation traditionnellement appelé « crédit-scoring ». C'est cette forme de score qui permet d'évaluer le risque et la solvabilité des demandeurs de crédit prospects ou même clients si l'établissement de crédit ne possède pas suffisamment d'informations sur ces derniers. Dans cette démarche, les établissements de crédit, souvent les sociétés financières d'ailleurs, puisque celles-ci ne sont pas teneuses de comptes, devront obtenir les informations par le biais d'un questionnaire. C'est donc surtout ces deux dernières catégories de *scoring* qui nous intéresseront, préscoring et crédit-scoring reposant sur les mêmes bases, il existe en fait très peu de différences, si ce n'est peut-être une approche commerciale différente. Quoi qu'il en soit et quel que soit le type de *scoring*, l'établissement de crédit devra avant d'en tirer les enseignements (II) passer par une phase de construction du score (I) dont la principale difficulté sera de répertorier les éléments les plus pertinents, les plus efficaces et significatifs, autrement dit les éléments les plus discriminants de la dignité de crédit. En effet, le problème essentiel qui se posera au concepteur du score sera de réaliser un outil pertinent, c'est-à-dire dont les notes représentent au mieux le risque et la solvabilité de la personne.

I L'élaboration du score.

317. Démarche. L'élaboration de la grille de score faisant appel, dans une large mesure à la science des mathématiques, et notamment à l'analyse discriminante, nous n'entrerons pas dans le détail de cette analyse, et ce par souci de clarté pour le lecteur, mais aussi et surtout parce que son développement n'apporterait rien à une étude qui se veut avant tout juridique⁸³⁴. Sommairement, nous pouvons dire que l'analyse discriminante a pour

834 Nous renvoyons donc le lecteur aux articles de Jacques D'HOERAENE, « Analyse des données et crédit-scoring », Revue du Financier, n° 86, 1992, page 44 et suivantes ; Dominique MONERA, précité, Revue Banque, 1991 et Revue Banque 1996 ; Michel LEVASSEUR, Michel MARGAINE, Michel SCHLOSSER et Pierre VERNIMMEN, « Attribution automatisée des crédits à la consommation », Revue Banque, n° 308, juin 1972, page 581 ; Michel SCHLOSSER et Pierre VERNIMMEN, « Gestion bancaire : nouvelles méthodes et pratiques », Dalloz, 1974, page 185 et suivantes.

fonction d'accorder une note à chaque dossier en tenant compte de l'ensemble de ses caractéristiques et de leurs interdépendances⁸³⁵. Cependant, sans pénétrer le cœur technique de la construction d'un système de *scoring*, il nous est possible d'en déterminer les étapes et les éléments essentiels qui nous permettront par la suite d'établir l'impact que peut avoir la méthode dans l'analyse du risque et dans la décision de crédit.

A Elaboration de la grille.

318. Choix de l'échantillon. Le crédit-scoring étant une méthode automatisée de sélection de la clientèle fondée sur l'analyse statistique, il est nécessaire de déterminer à partir d'un échantillon d'étude, la meilleure classification des clients en fonction de leur profil de risque. La première étape consiste à définir ce que l'on cherche à caractériser. Autrement dit, qu'est-ce qu'un bon client, qu'est-ce qu'un mauvais client ? On comprend donc que tous les établissements de crédit n'adopteront pas la même définition du bon ou mauvais dossier. A titre d'exemple, pour certains établissements de crédit, un mauvais dossier sera représenté par un incident de paiement. Pour d'autres le mauvais dossier nécessitera la réunion d'au moins deux incidents de paiement. Et à l'extrême, pourquoi pas, un simple retard de paiement (ce qui serait très restrictif et aboutirait à écarter beaucoup de demandeurs lors de la mise en oeuvre du score). Après quoi, il est procédé à un tirage aléatoire des bons et des mauvais dossiers, généralement plusieurs milliers de dossiers⁸³⁶. Mais, pour améliorer la base de l'échantillon, seront également intégrées, les demandes de crédit refusées. Il faut noter sur ce dernier point qu'il n'est pas toujours possible de disposer de l'ensemble des dossiers refusés. En effet, quand un client se présente pour bénéficier d'un crédit, une étude n'est pas systématiquement opérée, car le décideur refuse oralement le crédit considérant le client trop risqué à partir de quelques critères jugés rédhibitoires⁸³⁷. Le choix de l'échantillon est une étape primordiale, car à techniques d'égale valeur, l'efficacité d'un score peut sensiblement varier suivant la nature de l'échantillon d'étude. Ce dernier doit être riche en quantité et qualité, c'est-à-dire intégrer suffisamment des bons et des mauvais dossiers, des dossiers refusés, ainsi que des données concernant le profil de la clientèle (âge, revenu etc.).

319. Choix des variables. Une fois l'échantillon historique constitué, la construction du *scoring* procède, dans un premier temps, de l'étude des corrélations entre certaines

835 Michel SCHLOSSER et Pierre VERNIMMEN, précité, page 187.

836 Ce chiffre correspond sans doute plus aux banques généralistes qu'aux sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation, elles, peuvent constituer leur score à partir d'un échantillon de plusieurs millions de dossiers. C'est notamment le cas pour la société financière CETELEM selon son directeur Bernard DROT, colloque de Dijon précité.

837 Voir, F. Méténier, et Marie-Laurence MULOT, « Le score au Crédit Lyonnais : une implantation réussie », Revue Banque, n° 519, septembre 1991, page 798 ; Patrick GATTI, « L'introduction des techniques statistiques de score dans une activité bancaire », Revue Banque Stratégie, n° 106, juin 1994, page 18. Pourtant selon ce dernier auteur, « l'absence des refus nuit gravement à la qualité des modèles finaux. En effet, lors de l'analyse de la discrimination des différentes variables disponibles, il faut nécessairement tenir compte des taux de refus qui varient suivant la classe de la variable considérée (par exemple âge, revenus etc.) pour ne pas surestimer ou sous-estimer le caractère bon ou mauvais d'une population correspondant à la classe donnée ».

variables socio-économiques caractérisant les emprunteurs et la défaillance de ces derniers. Les variables utilisées peuvent varier en nombre et en nature selon l'objet et la durée du crédit sur lequel le score devra fonctionner. S'il existe des différences de choix de variables selon la spécialisation des établissements de crédit et leur savoir-faire dans la distribution des crédits, nous verrons plus loin qu'il existe une sorte de tronc commun et que certaines de ces variables reviennent souvent dans le score, si ce n'est systématiquement. Autrement dit, l'analyse s'organise autour de critères sélectionnés dont on constatera l'apparition plus ou moins fréquente en liaison avec la manifestation du risque de défaillance : âge, revenus, profession etc. Ces variables seront ensuite croisées entre elles afin de faire surgir des critères, discriminants et prédictifs au plan des risques, affectés éventuellement de pondérations, ces derniers critères serviront alors à constituer la grille du score. Ces croisements et ces pondérations, second temps de la construction du score, nécessitent l'utilisation de modèles statistiques sophistiqués, permettant une combinaison d'un grand nombre de variables. L'analyse discriminante, brièvement évoquée plus haut, doit permettre la construction de cette seconde phase. Cette phase sera terminée par la mise en évidence des performances de la grille, c'est-à-dire par la vérification, auprès d'une population plus large que celle de l'échantillon, de la pertinence du score. Au terme de ce développement, qui se veut intelligible pour le juriste, nous pouvons insister sur le fait que les choix des critères, des croisements et des pondérations permettant l'élaboration du score, n'ont rien d'arbitraire mais résultent d'une constatation statistique que tel critère constaté chez un emprunteur est négatif en termes de remboursement et que tel autre au contraire a permis un bon déroulement du crédit. Il paraît alors intéressant de se pencher sur les critères qui sont traditionnellement repris par les établissements de crédit dans la grille du score, notamment afin de constater les différences et les similitudes avec les critères retenus dans l'analyse traditionnelle. Mais aussi dans le but de mettre en exergue les limites que la loi a apportée à l'outil concernant l'utilisation de certains critères jugés pourtant *a priori* discriminants, mais qui ne sont pas moins dangereux au regard de la protection des libertés individuelles.

B Les critères utilisés et utilisables.

320. Problématique. L'efficacité du système de crédit-scoring dépendra largement des critères retenus pour son élaboration. L'établissement de crédit concepteur devra donc sélectionner parmi la diversité des variables possibles celles qui sont apparues pertinentes, c'est-à-dire à fort pouvoir discriminant, lors des précédents actes de crédit. Ces variables ou ces critères, rappelons-le, auront été pris parmi les dossiers sélectionnés dans l'échantillon. La difficulté sera donc de déterminer les critères à prendre en considération. Selon quelle manière ? C'est-à-dire quelle importance, quel poids accorder à chaque critère ? En somme, il s'agira pour l'établissement de crédit concepteur de répondre à la question de savoir quels critères influent sur le fait qu'un client ne remboursera pas la dette qu'il aura contractée envers lui ? Dans cette optique, avons-nous dit, la technique du crédit-scoring procédera d'une constatation statistique des critères, indices des bons ou mauvais remboursements. Or, si pour la plupart des critères isolés par ces constatations (1°), la loi n'a pas eu à intervenir, il n'en est pas de même pour certains d'entre eux, considérés comme discriminants, mais tendancieux au regard des textes relatifs à l'informatique et aux libertés (2°).

1° Les critères autorisés.

321. Similitude avec l'analyse traditionnelle. A ce stade de l'analyse de la dignité de crédit, nous verrons que les critères qui sont mis en oeuvre dans la technique du crédit-scoring sont en fait fort proches de ceux qu'on aura pu retenir pour l'analyse traditionnelle. En effet, il aurait été surprenant de voir des critères totalement différents sans constater une différence d'efficacité des techniques, qui aurait éliminé à coup sûr la moins performante. Car on voit mal comment on pourrait arriver à des résultats acceptables avec des critères totalement différents. Cependant, il existe quelques spécificités utilisées dans le système de crédit-scoring qui justifient l'exposé des différents critères ainsi que le poids qui leur est accordé.

322. Présentation des critères généralement retenus. On peut dire globalement que l'analyste portera son attention sur deux grands groupes de critères : les critères dits « quantitatifs » (a), correspondant grosso modo à la situation financière de la personne, et les critères dits « qualitatifs » (b) qui regroupent schématiquement la situation familiale et sociale de l'individu. Dans cette approche toute intervention subjective est bannie. L'établissement de crédit n'a pas *a priori* à privilégier un type de critères sur un autre. Sa conduite est en effet uniquement commandée par les constatations statistiques. Ainsi, à tel critère, qui se retrouve dans nombre de mauvais dossiers et rarement dans les bons dossiers, sera accordé un fort pouvoir discriminant et donc intégré dans la grille et tel autre exclu. Or, les deux groupes que nous venons de citer procèdent de cette démarche, ce n'est donc pas un hasard, si généralement, on les retrouve dans les différents systèmes de score élaborés par les établissements de crédit ⁸³⁸.

a./ Les critères quantitatifs.

323. Choix des critères quantitatifs. Ceux-ci concernent la situation financière de la personne. La richesse est en effet le premier critère de sélection d'un individu. A ce titre, seront pris en considération le niveau de revenus ⁸³⁹ de la personne ou du couple. On conçoit parfaitement qu'une personne sans revenu ne pourra jamais rembourser un crédit. Dès lors, plus le revenu sera élevé plus la note du score correspondant à cette variable sera forte. Mais, un revenu élevé n'est pas dans cette méthode gage de remboursement certain du crédit. C'est dire que cette variable pourra être influencée par le niveau d'endettement de cette personne. C'est pourquoi cette technique privilégie

⁸³⁸ Néanmoins, comme nous le verrons plus loin, le choix des critères et de leur pondération pourra varier selon la nature du crédit et l'objet à financer.

⁸³⁹ Les questions portent généralement sur le salaire net, ainsi que le nombre de mois perçus afin de tenir compte éventuellement du 13^{ème} mois, et à défaut de salaire, sur la retraite, à défaut sur la pension de réversion, à défaut sur la pension d'invalidité, à défaut sur les indemnités journalières. A ces derniers types de revenus est demandé la périodicité de perception : quinzaine, mensuelle, trimestrielle, semestrielle, annuelle. Le critère de la périodicité peut être important dans la mesure où le paiement des échéances du prêt s'effectue mensuellement, ce qui pourrait poser des difficultés de paiement en cas de perception annuelle des revenus. Il peut également être demandé d'indiquer les autres sources de revenus et leur nature. Il s'agit, à encore, d'un élément important puisque la personne peut percevoir des loyers ou recevoir une aide familiale. L'important étant souvent, alors, la régularité de ces revenus.

également les informations sur les charges auxquelles la personne doit faire face ⁸⁴⁰ . Ainsi, les renseignements sur les emprunts éventuels sont systématiquement demandés, de même que le total des charges auxquelles doit faire face l'individu. La comparaison revenus/charges permet d'établir un autre critère, qui est le niveau d'endettement, dont nous avons vu que généralement, celui-ci doit se situer aux environs de 30 %. Ce ratio est éventuellement croisé avec le calcul de ce que l'on appelle le « reste à vivre » , soit un plancher de ressources restant, par jour et par personne vivant au foyer, après déduction de toutes les charges obligatoires et incompressibles de la personne ou du ménage : crédits en cours, pensions alimentaires.... Mais, il est bien évident que l'importance à accorder à ces critères dépend largement du niveau de revenus de la personne ou du ménage. En effet, comme nous avons pu le dire, une personne supportera plus facilement un taux d'endettement de 50 % d'un revenu élevé qu'une autre un taux de 20 % avec un salaire faible. Le *scoring* tient donc compte de cet élément. Outre ces variables de revenus et de charges, seront généralement pris en considération des éléments concernant le patrimoine de la personne ⁸⁴¹ . Cependant l'interrogation reste succincte puisque c'est souvent par l'intermédiaire d'un questionnaire sur la propriété éventuelle du logement que ce critère est retenu. Lorsque ce critère est pris en considération, une note positive est accordée au demandeur de crédit qui a la qualité de propriétaire. La situation de locataire est, quant à elle, souvent considérée comme un critère négatif. Mis à part les éléments sur les revenus, le patrimoine et l'endettement des candidats à l'emprunt, aucune autre variable quantitative n'est d'usage très répandu dans les établissements de crédit spécialisés ou généralistes. Néanmoins, l'analyse par la technique du score ne se contente pas de ces critères, qui à eux seuls, ne permettent pas d'apprécier les capacités de remboursement avec un degré de satisfaction qui serait suffisant. Sont donc analysées d'autres données, que sont les données dites « qualitatives ». D'ailleurs, d'après certains concepteurs ⁸⁴² des scores, la spécificité de la technique est de « transformer des informations qualitatives comme l'âge, l'adresse, la situation de famille, le nombre d'enfants etc. en données chiffrées et quantifiées » . En effet, le but du crédit-scoring est, à partir d'un croisement multicritères, de parvenir à un score unique et chiffré.

b./ Les critères qualitatifs.

b-1 Une apparente disparité.

324. Le choix des critères qualitatifs. Ceux-ci sont nombreux et peuvent varier suivant les établissements de crédit, mais surtout suivant la durée du crédit (long terme,

840 Impôt sur le revenu, loyer, prêts et nature des prêts (immobiliers, automobiles, autres crédits).

841 Selon une étude menée par le Comité Consultatif, il n'y aurait qu'une minorité d'établissements utilisant le score qui utiliserait ce critère. En effet, toujours d'après cette étude, « le critère de l'apport personnel ne peut concerner que les organismes accordant des concours affectés au financement de biens et services nommément désignés ». Cette opinion ne semble pas confirmée par les questionnaires qui sont à remplir pour une demande de prêt personnel ou de crédit permanent où la question du statut du logement apparaît systématiquement. Questionnaire SOFINCO, COFIDIS etc. .

842 V. Mouray , adjoint à la communication extérieure de Cofinoga , article de Jeanne ROUX, « Où en sont les techniques de scoring ? », Revue marketing direct, n° 3, avril 1995, page 25.

court ou moyen terme), sa nature (immobilier, *revolving*, prêts personnels etc.) et son objet (biens de consommation, travaux, immobilier etc.). Mais, on retrouve là encore pratiquement les mêmes critères d'un établissement de crédit à l'autre, la différence résultant bien plus de la combinaison de ces critères entre eux (avec les critères quantitatifs) ainsi que de leur pondération, et de leur utilisation ou pas.

325. La situation professionnelle. Parmi les critères qualitatifs on trouve systématiquement, quel que soit l'établissement de crédit, et quels que soient la nature du prêt et l'objet du prêt, l'intégration de la situation professionnelle de l'emprunteur potentiel. Il est cependant vrai qu'elle est, en grande partie, déjà prise en compte par les critères du revenu et de la richesse. Néanmoins, le critère du revenu n'est pas apte à prendre en considération le paramètre de la stabilité dans l'emploi. A ce sujet, les préférences des établissements de crédits vont clairement en direction des individus ayant un emploi et manifestant une certaine stabilité professionnelle. En effet, d'après les études empiriques, les banques tendent, *in ceteris partibus*, à rationner davantage les chômeurs mais aussi les personnes qui changent souvent d'emploi⁸⁴³. De même, la nature de la profession constitue pour elles un critère important. Ainsi, à titre d'exemple, les fonctionnaires bénéficient d'une opinion favorable au sein des établissements de crédit. C'est pourquoi on retrouve, dans le questionnaire rempli par le demandeur de crédit, les questions relatives à la profession de la personne et éventuellement du conjoint co-emprunteur, l'ancienneté dans l'emploi, le type de contrat, CDI, CDD ou intérim, et dans ces deux derniers cas la date de fin de contrat. Parfois même, en cas d'ancienneté inférieure à deux ans, le questionnaire va jusqu'à demander le nom et l'adresse de l'ancien employeur. Les renseignements sur ces critères ne sont jamais négligés, et pour cause, ceux-ci sont parfois déterminants du refus ou de l'octroi d'un crédit. Ainsi chez le CETELEM⁸⁴⁴, l'activité du demandeur est un critère fortement pondéré. En effet, la qualité de fonctionnaire est très appréciée, celle-ci représentant la sécurité de l'emploi et donc la stabilité des revenus. A l'inverse, une activité dépendant du secteur du bâtiment est plutôt mal notée, car elle correspond à un secteur souvent en crise. Au regard de ce qui vient d'être dit, il n'est pas étonnant de voir « maltraités » les intérimaires, les emplois temporaires, les pigistes et intermittents du spectacle, notamment, qui se voient parfois refuser un crédit de ce seul fait. On leur reproche bien souvent des revenus beaucoup trop irréguliers⁸⁴⁵ pour pouvoir prétendre rembourser un emprunt sans incident. En revanche, on s'aperçoit que la catégorie socioprofessionnelle, même si elle est systématiquement demandée, n'est pas un critère déterminant de l'octroi ou du refus du crédit⁸⁴⁶. Ainsi, à titre d'exemple, un cadre supérieur ne se verra pas forcément accorder le prêt, même si à cette profession est souvent associée une note positive de par le niveau de revenu qu'elle implique. En effet, la catégorie socioprofessionnelle sera souvent

843 Voir, Nicolas EBER, « Sélection de clientèle et exclusion bancaire », Revue d'Economie Financière, n°58, 2000/3, page 85.

844 Entretien Dominique Tramini, chargé clientèle à CETELEM.

845 Voir, Le Monde, supplément Argent, du 22 et 23 avril 2001, page 3.

846 Entretien avec Patrick Douchez, CIC Paris.

couplée avec le mode de vie de la personne, c'est-à-dire sa situation familiale, l'existence ou non de crédits (immobiliers, à la consommation...), son statut dans le logement (locataire, propriétaire). Ainsi, un cadre supérieur au mode de vie dispendieux et à la situation familiale instable se verra mal noté. La profession ne constituant pas la panacée, les établissements de crédit ont pris en considération d'autres éléments, dont ceux relatifs à la situation bancaire du demandeur.

326. La situation bancaire. Celle-ci concerne l'existence d'un compte bancaire et éventuellement l'existence d'emprunts ainsi que leur nature et leur objet (immobilier, consommation : automobile, équipement ménager etc.).

327. Endettement bancaire. Ce dernier type de critère pouvant également être rangé dans la catégorie des critères financiers déjà vu, nous n'insisterons pas davantage. On peut toutefois signaler que certains types de crédit, comme le crédit automobile (notamment occasion), laissent présager une relation traditionnellement plus risquée ; à cet élément peut donc être affectée une note négative. De même, que de nombreux crédits à la consommation, *revolving* notamment, peuvent laisser deviner un train de vie dispendieux qui n'est pas forcément favorable au remboursement du prêt demandé. A côté de la connaissance du nombre d'emprunts, de leur nature et de leur objet, l'établissement de crédit concepteur du *scoring* portera son attention sur l'existence d'un compte bancaire, l'établissement où il est ouvert et sa date d'ouverture.

328. L'existence d'un compte bancaire. Celle-ci est un indicateur de stabilité sociale du demandeur. En effet, de nos jours c'est un instrument indispensable pour toute personne intégrée dans la société. Il n'y aurait donc guère que les marginaux qui pourraient ne pas en disposer, et encore l'hypothèse serait difficilement vérifiable en pratique, puisque pour les versements des aides sociales, être titulaire d'un compte est *de facto* obligatoire⁸⁴⁷. En revanche, mis à part le compte de dépôts à vue, certains établissements de crédit⁸⁴⁸ prennent en considération dans leur système score ce qu'on appelle dans le jargon bancaire « l'équipement du client », c'est-à-dire l'existence de produit d'épargne (plan d'épargne logement, CODEVI etc.) et/ou de produits financiers (actions, obligations, assurance-vie etc.). Il est alors évident que cet élément sera affecté d'une note positive, celui-ci confortant l'état de richesse du demandeur. Mais les questions porteront surtout sur l'établissement teneur de compte, ainsi que la date d'ouverture du compte.

329. L'ancienneté du compte bancaire est un critère qu'on peut dire systématiquement pris en considération par les concepteurs du *scoring*. En effet, celle-ci est censée refléter la stabilité du demandeur, mais aussi son intégrité morale. La remarque est critiquable. Cependant, chez nombre d'établissements de crédit, un demandeur de crédit qui change souvent de compte laisse entrevoir une possibilité d'incidents de paiement ou de contentieux avec son ancienne banque. L'ancienneté de la

847 En revanche l'existence non pas seulement d'un compte, mais d'un compte joint est un critère jugé favorablement par tous les établissements de crédit en ce qu'il conforte l'élément de stabilité de la situation du couple. A l'inverse un compte séparé chez une personne vivant en couple revêt un aspect négatif.

848 Le plus souvent les banques généralistes, entretien, Patrick Douchez

relation bancaire avec une banque rassure donc l'établissement de crédit⁸⁴⁹, en ce qu'elle apporte un enseignement sur le demandeur en termes de stabilité⁸⁵⁰. Nous signalerons cependant, qu'il ne s'agit pas là d'un critère fortement discriminatoire, c'est-à-dire qu'une ancienneté faible ne signifie pas automatiquement un rejet de la demande et vice versa. A côté de l'ancienneté, les établissements de crédit, notamment les sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation, s'attachent à connaître la banque teneuse du ou des comptes. Cet élément d'information peut devenir un critère négatif selon le nom de la banque retenue. En effet, certains établissements de crédit sont réputés, dans le monde bancaire, laxistes en termes de découvert notamment⁸⁵¹, ce qui préfigurerait une situation financière peut être plus délicate pour le client fréquentant ce type d'établissement. Nous ferons remarquer d'ores et déjà qu'il s'agit là d'éléments totalement extérieurs à la situation de la personne concernée. On peut dès lors légitimement se demander s'il ne s'agit pas là d'un critère abusif ? Quoi qu'il en soit, ce n'est là qu'un indice qui peut, certes être noté négativement, mais sans jamais emporter la décision d'octroi ou de refus⁸⁵². Beaucoup plus discriminante est la situation familiale du demandeur.

330. La situation familiale. Sous cette notion plutôt large, on trouve le statut matrimonial de la personne, le nombre d'enfants à charge et/ou autres personnes également à charge, ainsi que tous les revenus y afférant et toutes les charges qui sont liées à cette situation.

331. S'agissant du statut matrimonial, l'établissement de crédit prendra en considération comme critère de sélection le fait pour la personne d'être, soit mariée, soit célibataire, soit divorcée ou séparée, et éventuellement le fait de vivre en concubinage⁸⁵³. S'agissant de cette situation, les établissements de crédit attacheront beaucoup d'importance à la stabilité sociale et familiale de la personne. Il n'est dès lors pas étonnant de voir les célibataires pénalisés par rapport aux personnes vivant en couple, que ce soit par les liens du mariage ou en concubinage, même s'il est vrai que les couples mariés ont la préférence des établissements de crédit, le mariage étant un gage supplémentaire de stabilité. Un indice important de cette dernière est d'ailleurs l'existence ou non d'un compte joint. Le critère du mariage ou du concubinage est donc souvent couplé avec celui de l'existence d'un compte-joint apprécié positivement, ou de comptes séparés, jugés négativement. Face à ces deux statuts, célibataire ou union, la situation des personnes

849 N. ^{icolas} EBER, précité, page 87, « La théorie bancaire a d'ailleurs clairement montré que l'existence de relations de long terme est un facteur de réduction des phénomènes de rationnement du crédit ».

850 Voir Le Monde, précité, page 3.

851 Entretien Dominique Tramini, CETELEM.

852 Nous ferons également remarquer que certains questionnaires (COFIDIS) font état de la même curiosité concernant les différents crédits contractés par le demandeur, là aussi pour les mêmes raisons, certains établissements de crédit étant réputés moins regardants que d'autres.

853 Cependant, chez certains organismes de crédit (CETELEM), le concubinage est plutôt apprécié négativement.

divorcées ou séparées apparaît comme négative, voire très négative dans le système de *scoring*. D'après les établissements de crédit, la situation de divorcé, notamment, entraîne de nouveaux frais, une nouvelle situation qui risquent de peser lourd sur le revenu de la personne. En effet, outre la pension alimentaire qui sera éventuellement à verser⁸⁵⁴, cet état entraînera probablement de nouveaux frais de logement, d'impôts etc., amputant d'autant le budget qui serait consacré au remboursement du crédit. A l'intérieur de ces situations familiales intervient également le facteur temps, là encore gage de stabilité dans la situation et par prolongement d'équilibre dans le budget. Par voie de conséquence, on retrouve souvent cet élément dans le questionnaire proposé par les établissements de crédit. Plus la durée de la relation est longue, plus la note sera positive. A l'inverse, une durée relativement courte, si elle n'est pas notée négativement, ne se verra pas attribuer de points positifs. On le voit donc, comme pour les autres critères, tout élément confortant la stabilité de la personne conforte, semble-t-il, également son dossier de crédit sans être pour autant individuellement rédhibitoire. Dans la droite ligne de ce système de pensée, les établissements de crédit, concepteurs du crédit-scoring, retiennent également le critère de l'existence d'enfants à charge ainsi que leur nombre.

332. La taille de la famille. Sur ce point, il faut se garder des conclusions hâtives. Généralement, si les établissements de crédit attribuent une meilleure note aux couples avec enfants (stabilité oblige), la présence d'enfants peut très vite devenir un critère négatif dans deux séries d'hypothèses. D'une part, les établissements de crédit attribueront une note négative aux couples possédant un nombre d'enfants trop élevé. Bien souvent cet élément fait apparaître des charges beaucoup plus importantes grevant d'autant le budget familial. Cependant, il ne s'agit là que d'un critère, certes discriminant⁸⁵⁵, mais dont la perception des allocations familiales viendra diminuer l'impact négatif sur la note finale. D'autre part, les établissements de crédit n'apprécient guère les familles monoparentales, une seule personne devant faire face aux différents frais. Une personne seule avec enfants se verra donc attribuer une note négative sur ce point. On peut penser, sur ce dernier élément, qu'à partir d'un certain nombre d'enfants, le caractère discriminant du critère s'accroîtra. Il est vrai que les familles nombreuses supportent des frais (de scolarité, de garde, de loyers etc.) supplémentaires qui ne sont pas toujours entièrement compensés par les allocations familiales perçues. En effet, à titre d'exemple, il est aisé de comprendre qu'une famille nombreuse nécessite un logement plus spacieux, mais aussi plus onéreux en terme de loyer. La considération, entre autres, de ces charges a naturellement amené les concepteurs du crédit-scoring à prendre en compte parmi les critères de sélection la situation de la personne dans le logement.

333. La situation dans le logement. Dans ce cadre, les critères pris en compte dans le dossier de crédit sont liés au statut dans le logement, ainsi qu'à l'ancienneté de l'occupation dudit logement.

334. La qualité de l'occupant. Dans la première rubrique, sera pris en compte le

854 On peut penser, *a priori*, que les personnes de sexe masculin sont donc plus souvent victimes de cette situation en termes d'accès au crédit.

855 Nicolas EBER, précité, pages 86, 90-91.

statut de propriétaire du logement ou de locataire. Aux propriétaires est attribuée une note positive ⁸⁵⁶, cet élément venant conforter la richesse de la personne. De plus, ces personnes n'auront pas de loyer à déboursier chaque mois, ce qui consolide davantage encore leur situation au niveau des revenus. C'est dire qu'à revenus plus faibles par rapport à une personne en location, l'établissement de crédit pourra privilégier celui qui est propriétaire, d'autant plus que les établissements de crédit retrouvent ici un élément important de la stabilité. A l'inverse, un statut de locataire sera moins bien noté ⁸⁵⁷, voire dans certains cas noté négativement.

335. L'ancienneté dans le logement. Au statut du logement est adjoint le critère de l'ancienneté de l'occupation du logement, notamment pour la location. Il n'est donc pas étonnant de voir attribuer à des jeunes locataires une note négative lorsque l'entrée en location est récente ⁸⁵⁸. Ainsi, à une faible ancienneté correspondra une note négative mais seulement chez un certain type de locataires. En effet, cette variable est couplée avec l'âge du demandeur de crédit. Ainsi, un jeune homme qui découvre pour la première fois cette forme de logement se verra octroyer automatiquement une note négative, car à cette situation correspond de nouveaux frais. Cette dernière catégorie de demandeurs ne possède pas la maîtrise du budget afférent à ce statut (loyer, gaz, électricité etc.). Dans ce cas de figure le remboursement d'un prêt risque donc de générer des incidents de paiement. En revanche, la même personne vivant chez ses parents se verra, quant à elle, affecter une note positive puisqu'elle ne supportera (le plus souvent) aucune charge, pas même de nourriture. De même, qu'un logement assuré par l'employeur apporte davantage de sécurité quant au bon déroulement de l'opération, une note positive sera également attribuée à ces demandeurs de crédit. Aussi, une forte instabilité géographique (caractérisée par des changements fréquents d'adresse), est généralement considérée comme un mauvais signal par les banques ⁸⁵⁹. En effet, comme pour le compte bancaire, la multiplication des changements d'adresses est signe d'instabilité. Ceci peut cacher des situations de contentieux ou d'incidents, ou la volonté d'échapper à ses engagements ⁸⁶⁰. Une note négative pourrait alors être accordée à un demandeur qui change trop souvent de lieu de résidence. Certains systèmes de *scoring* peuvent même prendre en considération comme critère discriminant la situation géographique ⁸⁶¹.

336. La situation du logement. Ainsi, la région parisienne se trouverait moins bien notée que la province, et les grandes villes moins bien notées que les zones rurales. Les

⁸⁵⁶ Ibidem, page 85.

⁸⁵⁷ L'existence d'APL va néanmoins diminuer le caractère négatif de ce statut.

⁸⁵⁸ Six mois pour le CETELEM.

⁸⁵⁹ Nicolas EBER, précité, page 86.

⁸⁶⁰ Il faut toutefois rester prudent sur cet élément, cette situation pouvant simplement résulter d'une mobilité professionnelle accentuée, ce qui n'est pas forcément gage d'instabilité ou d'indignité.

⁸⁶¹ Nicolas EBER, précité, page 89.

citadins ayant généralement un comportement dépensier plus important, ceci deviendrait un facteur négatif du remboursement du crédit. L'établissement de crédit peut même aller plus loin en affectant une note positive ou négative suivant le quartier habité. Autrement dit, il s'agirait là de permettre l'intégration dans le système score du niveau social et financier supposé de la personne selon qu'elle est située dans un quartier huppé ou au contraire défavorisé. Il est intéressant de noter à ce titre qu'aux U.S.A l'idée a suivi son cours.

337. Droit comparé et critères géographiques. En effet, dans ce pays, la localisation géographique peut être elle-même un critère. A titre d'exemple, une adresse située dans un quartier pauvre caractérisé par des taux de criminalité et de délinquance élevés, constitue clairement un mauvais signal pour les établissements de crédit⁸⁶² qui accorderont dans leur système de *scoring* un pouvoir discriminant négatif à ce critère, si ce n'est rédhibitoire pour l'obtention d'un crédit. Reste à savoir si le caractère négatif est réellement dû à une constatation statistique d'incidents de paiement dans ces zones, rappelons-le, base de la technique du crédit-scoring, ou d'une volonté *a priori* des établissements de crédit qui serait fondée sur leur politique des risques. En France, il pourrait être procédé de la même façon en affectant une note fortement discriminante aux habitants des banlieues réputées à risques. La référence à la pratique dite de « l'îlotypage » ne peut que nous convaincre de la potentialité d'usage d'un tel critère.

338. La France et la technique de l'îlotypage. En France, il est de pratique courante d'intégrer dans le système d'offre commerciale le lieu de vie des personnes. Concrètement, nous dit la CNIL, la technique consiste, « à partir du recoupement d'informations, à caractériser non pas le « profil » d'une personne, mais celui d'un territoire (îlot) dont les caractéristiques seront supposées être celles du groupe, considéré comme homogène, de ses habitants. L'îlot, unité statistique de base, correspond à un « pâté de maisons » ou à une zone considérée comme homogène et comportant en moyenne 150 habitants »⁸⁶³. D'où son nom « îlotypage ». Cette approche, qui peut être qualifiée de segmentation géographique, permet ainsi aux établissements de crédit de cibler certaines zones géographiques dont les habitants seraient susceptibles d'être intéressés par une proposition commerciale donnée. Selon la CNIL, « de telles pratiques, au demeurant courantes, n'appellent aucune observation particulière. Il n'en est pas de même, ajoute-t-elle, de îlotypage dit "négatif" ».

339. Îlotypage négatif. Dans cette variante, il ne s'agit plus d'utiliser la zone géographique comme moyen de prospection commerciale, mais comme moyen de détection de la fraude, voire comme outil de sélection des demandes de crédit.

340. Îlotypage négatif : moyen de lutte contre la fraude. Dans cette première hypothèse, le système permettrait, grâce à une comparaison entre les caractéristiques présentées par la population de l'îlot où réside le demandeur de crédit, par exemple entre le revenu qu'il aurait déclaré lors de la constitution du dossier et le revenu moyen de l'îlot,

⁸⁶² Voir, sur l'exclusion bancaire par le critère géographique, *ibidem*, page 91 et suivantes ; et Jean-Michel SERVET, « L'exclusion, un paradoxe de la finance », *Revue d'Economie Financière*, 2000/3, n°58, page 26 et suivantes.

⁸⁶³ Voir, 21e rapport d'activité de la CNIL, 2000, page 172.

de relever, en cas de grosse différence, une éventuelle hypothèse de fraude.

341. Îlotypage négatif : moyen de sélection. Dans la seconde hypothèse, l'outil pourrait autoriser les établissements de crédit à sélectionner des candidats différemment selon l'îlot dans lequel ils se situent. La CNIL, qui a relevé la possibilité d'une telle pratique après qu'elle fut saisie d'une déclaration adressée par un établissement de crédit qui entendait se servir de cet outil comme mode de sélection des demandeurs de crédit, ne s'est pas franchement prononcée sur la légalité que l'on pourrait accorder à cette forme de sélection ou de lutte contre la fraude. Elle s'est simplement contentée de relever, d'une part, qu'une telle pratique n'était pas avérée en France, la technique restant limitée au secteur du marketing et, d'autre part, que l'outil manquait en fait de pertinence. Selon la commission, « les informations statistiques ne seraient pas assez précises : les îlots sont trop larges et ne permettent pas de déterminer des profils sociologiques suffisamment proches de la réalité pour être pertinents »⁸⁶⁴. Mais, en dehors de ces considérations, il est permis de s'interroger sur la légalité et la légitimité de tels traitements.

342. Légalité et légitimité de l'îlotypage négatif. Le premier obstacle, au plan de la législation informatique, pourrait, selon nous, venir du détournement de finalité de l'outil. En effet, il ne faudrait pas, sous prétexte de prospection commerciale, que ces traitements servent dans le même temps à la sélection des dossiers de crédit. Il y aurait à coup sûr ici un cas de détournement de la finalité annoncée. Cependant, il est vrai qu'une déclaration allant dans ce sens pourrait facilement mettre à bas cet obstacle. Resterait alors pour la CNIL à se prononcer sur la légitimité de ces traitements à l'égard du principe de pertinence. La CNIL, comme nous venons de l'exprimer, ne considère pas que l'instrument soit fondamentalement bien adapté au secteur du crédit. Cependant, les motifs de cette réserve demeurent fragiles. En effet, outre le fait qu'elle relève qu'en Grande Bretagne la technique s'est révélée être efficace, le temps et l'évolution de la technique se chargeront certainement de combler les lacunes sus-énoncées par la CNIL, afin qu'une application dans le domaine du crédit puisse être qualifiée de pertinente. Dès lors, sous réserve d'une déclaration en bonne et due forme, plus rien ne s'oppose pour qu'en France, l'îlotypage dit « négatif » s'impose comme système de sélection des demandes de crédit. Il nous semble pourtant qu'une distinction doit ici être faite selon la finalité du traitement : système de détection de la fraude ou mode d'évaluation de la dignité de crédit. Dans la première hypothèse, il ne fait guère de doute que l'usage de l'outil puisse être jugé légitime par rapport à la finalité du traitement : la sélection de clients dignes de crédit. Nous avons effectivement vu⁸⁶⁵ que la CNIL avait, non sans précaution, autorisé les établissements de crédit à un fichage des fraudeurs. Il nous semble, en revanche, que dans la seconde hypothèse, la légitimité, voire la légalité de l'usage des critères géographique soit à exclure. En effet, d'après nous, s'il devait être intégré dans le système de crédit-scoring avec une pondération différente selon le lieu de vie, il y a de fortes probabilités que la CNIL considère le critère comme non pertinent⁸⁶⁶ au regard de la législation informatique et libertés⁸⁶⁷, voire non plus seulement comme peu discriminant, mais comme discriminatoire au regard des textes du Code pénal⁸⁶⁸. En

⁸⁶⁴ *Ibidem*.

⁸⁶⁵ Voir *supra* n° 198.

effet, à défaut d'envisager autrement la question, ce serait-là autoriser les établissements de crédit à sélectionner différemment les demandeurs de crédit selon leur provenance géographique, ce que le Code pénal n'autorise pas. Mais, la prudence doit s'imposer si l'on s'en reporte à la décision du Conseil d'Etat⁸⁶⁹ qui a estimé légale la prise en compte de la nationalité dans la sélection des demandes de crédit et ce, tant au regard la législation pénale que de celle relative à l'informatique. Ces réserves doivent-elles être réitérées dans le cas du critère de l'âge ? Il ne le semble pas.

343. L'âge. Ce dernier type de critères, notamment en ce qui concerne l'âge, est souvent, si ce n'est systématiquement, pris en compte dans le processus d'établissement du score. On sait que dans les systèmes de scores les jeunes de moins de 25 ans⁸⁷⁰ sont moins bien notés que les 35 - 50 ans. Néanmoins, ce critère n'est évidemment pas déterminant à lui seul, sauf à partir d'un certain âge, c'est-à-dire généralement au-dessus de 65 ans où il peut devenir un motif de refus. Mais cette forte pondération négative dans le score n'est pas forcément due au fait que cette tranche d'âge est statistiquement plus risquée en termes d'incidents de paiement, mais bien plutôt en raison du risque élevé de décès - invalidité qui peut en résulter. Au-dessus de cet âge la plupart des compagnies d'assurances n'acceptent pas d'assurer ce type de risques⁸⁷¹. En effet, à partir d'un certain âge, celles-ci estiment que le risque de décès et de maladie est trop grand pour pouvoir être assuré à l'aide de primes raisonnables. L'âge permet donc indirectement aux banques de prendre en compte, dans une certaine mesure, l'état de santé présumé de la personne. Cependant, rares sont les systèmes de *scoring* intégrant l'état de santé parmi leurs critères⁸⁷².

344. L'état de santé. En effet, la question relative à l'état de santé relève plus de l'analyse traditionnelle que du crédit-scoring. Nous pouvons même dire qu'elle dépend plus de l'analyse de l'assureur que de celle du banquier⁸⁷³. Car de deux choses l'une, ou bien l'assureur décide de prendre en compte le risque et le prêteur accordera son crédit si les autres conditions de solvabilité sont réunies, ou bien l'assureur considère le sujet comme trop risqué, et le prêteur refusera le plus souvent le prêt malgré une bonne solvabilité apparente du demandeur de crédit⁸⁷⁴. Une santé fragile n'est en effet jamais

⁸⁶⁶ Comme elle l'avait fait, mais sans succès, pour le critère de la nationalité. Voir sur ce dernier critère nos propos, *infra* n° 360 et suivants.

⁸⁶⁷ Article 5 c/ de la Convention 108, à défaut, pour l'heure, d'une consécration directe et expresse du principe en droit français. Lacune qui devrait être comblée par la future loi informatique et libertés qui consacre, elle, dans son dispositif, ce principe.

⁸⁶⁸ Articles L. 225 - 1 et L. 225 - 2 du Code pénal. Voir sur cette question, *infra* n° 352, n° 353 et n° 363 et suivants.

⁸⁶⁹ Voir sur cette décision, *infra* n° 349 et suivants ; *infra* n° 460 et suivants.

⁸⁷⁰ Cette tranche étant plus sujette à une instabilité en termes d'emploi notamment.

⁸⁷¹ Quoique actuellement, certaines compagnies vont jusqu'à assurer ce risque jusqu'à 75 ans.

⁸⁷² Même si d'après certains propos, elle serait une variable utilisée, rapport Conseil Economique et Social, précité, page 49.

gage de stabilité de perception des ressources et d'engagement des charges. On peut simplement signaler s'agissant de ce critère, la prudence avec laquelle il devra être pris en compte par le banquier et par l'assureur. Aussi, il paraît évident que dans le cas d'une demande de crédits de courte durée et de faible montant, le critère soit largement à relativiser. La convention dite « Belorgey » signée entre l'Etat, l'AFECEI et des associations de consommateurs ou des personnes représentant des risques de santé aggravés stigmatise parfaitement cette relativité puisqu'il est prévu dans son titre II relatif à la couverture des risques liés aux emprunts que, « Les professions s'accordent sur la suppression des questionnaires des risques médicaux pour les prêts à la consommation affectés, définis par les articles L. 311 - 20 à L. 311 - 28 du Code de la consommation, sous réserve des conditions suivantes :

- leur durée de remboursement est inférieure ou égale à 4 ans...⁸⁷⁵. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que l'état de santé du demandeur soit considéré presque uniquement dans les crédits de longue durée et d'un certain montant, comme le crédit immobilier⁸⁷⁶. Mais, même dans ce dernier type de crédit la prudence s'impose. Car, il est nécessaire, d'une part, de tenir compte de la gravité de la maladie. Y a-t-il un risque élevé de mort durant la période de remboursement du crédit ? La maladie empêche-t-elle l'individu de travailler et donc de percevoir des revenus réguliers et d'un montant raisonnable ? Là encore, la convention « Belorgey » encadre précisément la prise en compte du critère de santé en prévoyant un dispositif à trois niveaux⁸⁷⁷, afin de permettre aux personnes présentant un risque aggravé d'accéder à l'assurance et donc au crédit⁸⁷⁸. Au premier niveau sera mis en oeuvre l'examen de la demande d'assurance dans le cadre des procédures actuelles (adhésion à un contrat groupe). Au deuxième niveau, et en cas de refus d'assurance au

⁸⁷³ Le préambule de la convention signée le 19 septembre 2001, « visant à améliorer l'accès à l'emprunt et à l'assurance des personnes présentant un risque de santé aggravée », dite convention « Belorgey », établit fort bien ce constat en son point 1.1 : « l'accès au crédit représente un enjeu important dans le monde moderne... la question se pose en termes plus aigus lorsqu'elle concerne des personnes candidates à l'emprunt placées, de par les aléas de la vie, en situation de risque de santé aggravé du fait d'une maladie ou d'un handicap puisque l'assurance est souvent une condition d'obtention des prêts ». Convention dont référence est faite à l'article L. 1141 - 2 du Code de la santé publique et qui prévoit à son alinéa 2 que, « Toute personne présentant, du fait de son état de santé, un risque aggravé peut se prévaloir des dispositions de la convention ». Voir aussi l'article L. 133 - 1 du Code des assurances renvoyant à l'article L. 1141 - 2 du Code de la santé publique. Voir, pour une analyse de la question de l'état de santé, Pierre BAUDEZ, « La contribution de l'assurance emprunteur à la lutte contre l'exclusion bancaire et ses limites », Revue d'Economie Financière, n°58, 2000/3, page 213 et suivantes.

⁸⁷⁴ Voir sur les difficultés d'accès au crédit pour les personnes atteintes d'une grave maladie, Le Particulier, n° 959, 11/02, page 14.

⁸⁷⁵ Autres conditions : le candidat à l'assurance a 45 ans au plus et il dépose une déclaration sur l'honneur de non-cumul de prêts au-delà du plafond susmentionné.

⁸⁷⁶ Voir en ce sens, Pierre Baudez, précité, page 220.

⁸⁷⁷ Dont le détail et les mécanismes de fonctionnement se trouvent décrits en annexe 3, « Description des dispositifs d'assurance du deuxième et troisième niveau ».

premier niveau, la demande sera examinée dans le cadre d'un contrat d'assurance « sur risques ». Enfin, au troisième niveau, et en cas de refus d'acceptation au deuxième niveau, le dossier est examiné par un « pool de risque très aggravé ». D'autre part, ce qui va de pair avec les questions précédentes, il doit être tenu compte de l'avancée médicale dans le traitement de la maladie. Personne ne nous contredira sur le fait qu'aujourd'hui un malade du cancer du sein, dont la détection est apparue suffisamment tôt, a beaucoup moins de chances de décéder qu'il y a vingt ans de cela, voire de chances de décéder qu'une personne malade d'une mauvaise grippe mal soignée. De même qu'un séropositif a moins de risque de décéder rapidement qu'il y a seulement dix ans de cela⁸⁷⁹. C'est dire toute la mesure qui doit être prise lorsque l'on aborde l'état de santé d'un individu. A ce titre, le banquier qui n'est pas lié par le constat fait par son assureur peut, même si l'on peut croire qu'en pratique il le fera de manière exceptionnelle, décider, par référence à d'autres critères, d'accorder tout de même le crédit sollicité. Il n'est pas en effet à exclure que le demandeur apporte certaines garanties personnelles ou réelles⁸⁸⁰ susceptibles d'emporter une décision positive du banquier⁸⁸¹. La convention « Belorgey » prévoit et encourage d'ailleurs expressément cette possibilité par, « un engagement de la profession à faciliter la couverture des risques liés aux emprunts immobiliers, professionnels et à la consommation, quel que soit leur montant, par la mise en place de garanties alternatives à l'assurance de groupe »⁸⁸².

b-2 La stabilité des situations.

345. Le dénominateur commun. Nous l'aurons compris tout au long de cet exposé, de tous les critères retenus dans le crédit-scoring, la stabilité devient le dénominateur commun. Stabilité de la situation financière, stabilité dans la situation familiale, stabilité dans le logement, stabilité de la relation bancaire, stabilité de la situation professionnelle, sont les garants, dans le système de crédit-scoring, d'une bonne sortie du crédit ou, si l'on préfère, d'une bonne dignité de crédit. Contrairement à ce que l'on pourrait penser *a priori*, ce n'est donc pas le revenu qui occupe la place centrale dans cette analyse, mais bien la stabilité des situations se rapportant à la personne⁸⁸³. Le choix de ce critère

⁸⁷⁸ Cependant, ce mécanisme à trois étages ne pourra être mis en oeuvre que si quatre conditions sont remplies : - le montant du prêt doit être inférieur ou égal à 200 000 euros ; - l'encours cumulé de prêts immobilier et professionnel doit être inférieur ou égal à 200 000 euros ; - la durée du prêt doit être de 12 ans au plus ; - l'âge du candidat à l'emprunt doit être de 60 ans au plus.

⁸⁷⁹ Voir, pour l'exemple du sida, Pierre BAUDEZ, précité, page 215. La convention « Belorgey » a créé au sein de la commission de suivi et de propositions, un organe spécialisé : « La Section scientifique » dont la mission est de recueillir et d'étudier les données disponibles sur la mortalité et la morbidité occasionnées par les principales pathologies à partir desquelles sont déterminées les surprimes pour risques aggravés ou fondés le refus de garantie. Bien évidemment, une étude qui aboutirait à constater que la mortalité de telle ou telle maladie a diminué, devrait logiquement se concrétiser par, soit une baisse corrélative de la prime, soit une acceptation du risque avec surprime.

⁸⁸⁰ Cautionnement, par exemple.

⁸⁸² « Concrètement, ajoute la convention, les établissements bancaires peuvent accepter, notamment en cas de refus d'assurance en garantie de prêts, des garanties alternatives à l'assurance de groupe comme : - nantissement d'un capital, - nantissement d'un portefeuille de valeurs mobilières, - caution, gage... ».

central n'est pas anodin et résulte bien évidemment de l'étude de plusieurs centaines de milliers de bons et mauvais dossiers, au même titre que le choix des différentes variables utilisées, croisées entre elles et pondérées suivant leur impact sur la probabilité de survenance d'un incident de paiement. On peut d'ailleurs dire, que ce choix apparaît aujourd'hui tout à fait pertinent au regard des études qui ont été menées par certains organismes comme le Comité Consultatif et le Conseil Economique et Social⁸⁸⁴.

346. Confirmation de la pertinence des critères (mis en oeuvre dans le crédit-scoring)⁸⁸⁵. En effet, une enquête menée par l'INSEE en 1978 et 1979⁸⁸⁶ révèle

⁸⁸¹ A cet égard, la réponse apportée par le ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et du Tourisme à une question écrite d'un député du 16 septembre 1996, J.O « Questions écrites », Assemblée nationale, 24 mars 1997, est particulièrement révélatrice. La députée Madame Catherine Nicolas a ainsi attiré l'attention du ministre « sur l'utilisation, par les groupes d'assurances et leurs médecins conseils, des dossiers médicaux pour décider, sans motiver leur refus, de ne pas assurer les prêts immobiliers des particuliers. En effet, nombre de couples souhaitent placer leurs économies dans l'acquisition d'un bien immobilier. L'octroi d'un prêt complémentaire, souvent nécessaire, est cependant soumis à l'acceptation par les assureurs du dossier médical. Or, les personnes cancéreuses, dont l'état après intervention chirurgicale n'est plus évolutif, se voient opposer, sans justification ni explication, une décision définitive de rejet. Dans de telle circonstance, peut-on légitimer la maladie comme élément discriminatoire ? Les médecins conseils peuvent-ils, discrétionnairement et en totale impunité, exclure de tout projet d'avenir des personnes payant déjà un lourd tribut à la souffrance ? En conséquence, elle lui demande de bien vouloir lui préciser quelles mesures il entend prendre à ce sujet ». Réponse du ministre, « Les établissements de crédit qu'accordent les prêts immobiliers sous leur seule responsabilité. Aucun texte ne peut les contraindre à prêter. Il leur appartient en particulier d'apprécier la solvabilité de l'emprunteur en raison des risques de non-remboursement dont la charge leur incombera. La maladie de l'emprunteur peut représenter à cet égard un risque qui les met en droit d'exiger des garanties particulières voire de refuser le financement. L'assurance décès-invalidité est l'une de ces garanties : bien qu'elle n'ait pas été rendue obligatoire par la loi, aucun établissement de crédit n'acceptera, en pratique, de prêter en l'absence d'assurance décès, dans un souci de protection de ses propres deniers mais aussi de l'emprunteur et de ses héritiers. Aucun texte n'oblige l'accédant à souscrire une assurance auprès de la compagnie d'assurances proposée par la banque, mais en pratique celle-ci peut refuser un prêt si l'accédant souhaite s'adresser à un autre assureur ou si l'assureur de la banque refuse d'assurer le risque. L'assureur est en effet lui-même libre de choisir la nature des risques qu'il accepte de couvrir et de fixer le contenu du contrat d'assurance, dans le respect du droit des assurances. En revanche, si la banque motive par écrit son refus de prêt par le fait que son assureur refuse de couvrir un risque aggravé (maladie grave par exemple), et si l'accédant trouve de son côté une compagnie qui accepte d'assurer le risque aggravé qu'il représente, le refus de la banque n'est plus fondé. Il pourrait en être de même si l'accédant apporte une caution personnelle. Dans ce cas, il est prudent de raccourcir autant que possible la durée du prêt ».

⁸⁸³ En ce sens, voir notamment, rapport Conseil économique social, précité, page 49 ; Le Monde, « Méthodes du banquier pour noter ses clients », précité, page 3 ; 6ème rapport d'activité de la CNIL, 1985, page 82 ; et Jean-Michel SERVET, précité, page 23 ; Les Echos du mercredi 29 mars 2000, Dossier Finance, « Crédit à la consommation, l'évaluation des risques est le nouvel outil à la démarche commerciale », page 65 ; Ariane MOLE, précité, page 119.

⁸⁸⁴ Voir rapport Conseil Economique et Social, précité, pages 5, 65 et suivantes ; voir aussi rapport LERON, précité, page 16 et suivantes

⁸⁸⁵ Ibidem , page 149, selon lequel « telle analyse conforte et précise les analyses du crédit-scoring ».

⁸⁸⁶ Rapport du Comité Consultatif, précité, page 21, pages 106, 131, 150 et suivantes.

que les individus susceptibles d'engendrer des incidents de paiement sont plutôt jeunes, moins aisés et davantage ouvriers que ceux des bons payeurs ; mais qu'ils sont également plus fréquemment célibataires ou divorcés et ont en même temps davantage d'enfants⁸⁸⁷. De même que les modalités de la trajectoire professionnelle sont susceptibles, elles aussi, d'augmenter les probabilités d'apparition d'impayé (probabilité croissante avec le nombre d'employeurs, le nombre d'interruptions de l'activité pour élever des enfants ou pour des raisons de santé, le nombre de périodes de chômage ou le nombre d'emplois intérimaires). La situation patrimoniale, c'est-à-dire le fait de ne posséder aucun actif immobilier, influe également positivement sur la probabilité d'apparition d'impayés⁸⁸⁸. Outre ces variables, il a été constaté que d'autres facteurs pouvaient expliquer et entraîner des éventuelles difficultés de remboursement d'un crédit. Ainsi, a-t-il été démontré⁸⁸⁹ que la pertinence du score serait sensiblement améliorée⁸⁹⁰ en intégrant des données relatives au passé social et familial de la personne considérée. Ainsi, selon l'étude de l'INSEE la probabilité d'obtenir des incidents de paiement augmente de + 127 % pour les personnes dont les parents ne s'entendaient pas et avaient divorcé. Cette probabilité était de + 61 % pour les personnes qui vivaient dans des familles où il y avait fréquemment de gros problèmes d'argent par rapport à celles qui n'en avaient pas. Il a été également remarqué que les conditions d'éducation de la personne influent sur la probabilité d'apparition d'incidents de paiement. Ainsi, on passe de 0 % pour un individu ayant eu un frère ou une sœur à + 67 % pour celui ayant vécu dans une famille de six frères et sœurs et plus. De même, cette probabilité passe de 0 % pour une personne ayant normalement terminé sa scolarité à + 123 % pour les individus n'ayant

887 Selon ce rapport précité du Comité Consultatif, par comparaison à une population de référence à faible risque ou à risque nul, le supplément d'apparition d'un incident résultant de telle ou telle valeur prise par variable : âge (est de + 81 % pour les personnes de moins de 25 ans et de - 88 % pour la tranche des 65 ans et plus), revenus probabilité de plus en plus négative en fonction de la croissance du revenu, statut matrimonial (+ 175 % pour les divorcés), nombre d'enfants d'au plus 16 ans (+ 183 % pour trois enfants et plus), catégorie socioprofessionnelle (+ 46 % pour les ouvriers), commune de résidence, (+ 105 % pour l'agglomération parisienne hors Paris).

888 Pour une analyse détaillée, *ibidem*, page 153 à 155. Ainsi à titre d'exemple, concernant la trajectoire professionnelle, le risque est nul pour un employeur et va de façon progressive atteindre une probabilité d'impayé de + 186 % pour quatre employeurs et plus. Dans cette trajectoire le nombre d'interruptions d'activité professionnelle pour élever des enfants passe de zéro pour aucune interruption à + 383 % pour trois interruptions et plus. L'interruption d'activité pour raisons de santé personnelle passe de 0 % pour aucune interruption à + 163 % au-delà de deux interruptions. Le nombre de périodes de chômage supérieur à six mois passe de 0 % pour aucune interruption à + 143 % pour une période et plus. De même qu'on passe de 0 % pour aucune activité d'intérim au cours des cinq dernières années à + 55 % pour au moins une activité en intérim. Concernant d'éventuelles difficultés financières, la probabilité d'impayé passe de 0 % pour aucune difficulté à plus 429 % pour au moins deux difficultés. On remarquera que les difficultés financières sont d'un pouvoir discriminant fort, ce qui laisse présager la conduite à tenir pour les établissements de crédit en cas d'inscription dans un fichier de la Banque de France notamment au FICP. Quant à la situation patrimoniale, on passe de 0 % pour une personne propriétaire d'une résidence principale ou secondaire à + 190 % de probabilité d'impayé pour une personne possédant aucun de ces actifs. Les chiffres de l'enquête démontrent également que le critère de l'état de santé est très important puisqu'il augmente la probabilité d'impayé de + 412 % pour les personnes ayant déclaré avoir souffert d'au moins 4 incidents maladifs par rapport aux personnes ayant déclaré aucune maladie ou malaise.

889 *Ibidem*, page 155 et suivantes.

suivi aucune scolarité. Les études démontrent également que l'origine sociale et nationale de l'individu n'est pas tout à fait étrangère à la survenance d'impayé. Ainsi, l'individu issu d'un foyer où le chef de famille était inactif augmente de 97 % la probabilité d'impayé par rapport à une personne issue d'une famille dont le père était cadre, exerçait une profession libérale ou industrielle. Ainsi, a-t-on constaté que les individus en provenance des Dom-Tom et dont c'était le premier séjour en métropole, représentaient un risque supplémentaire de 114 % par rapport à des individus nés en France métropolitaine. Au regard des probabilités qui viennent d'être évoquées, on constate donc que le passé social d'un individu renseigne énormément sur les risques d'apparition d'impayés et tend à améliorer considérablement la capacité prédictive du crédit-scoring. Cependant, il ne s'agit là que d'utilisation de variables qui ne peuvent que rester fictives⁸⁹¹, et ce pour deux raisons. D'une part, parce qu'il est difficile d'imaginer une situation où les problèmes suscités par la montée des impayés atteignent un tel niveau que les instances concernées soient obligées, pour protéger l'intérêt général, d'accepter l'atteinte intolérable à la protection de la vie privée que constituerait la collecte de ces données et leur mise en oeuvre dans des systèmes de crédit-scoring. Et d'autre part, parce que la CNIL, très soucieuse de la protection des libertés individuelles, s'opposerait à une ingérence si prononcée des établissements de crédit dans la vie privée des individus. L'hypothèse n'est pas d'école puisque la CNIL est récemment intervenue pour fixer des limites en matière de critères utilisables dans les systèmes de crédit-scoring.

2° Les critères contestés du système de crédit-scoring.

347. Réalité du danger. La prise en considération du risque d'introduction de critères discriminatoires dans le système de *scoring* n'est pas une simple vue de l'esprit. En effet, diverses études, menées en Grande-Bretagne et aux USA, ont démontré la réalité du danger. Ainsi, ont-elles révélé que les banques faisaient intervenir comme critère de sélection, notamment, le sexe et la race du demandeur de crédit. Les études empiriques montrent en effet, que les femmes sont plus rationnées que les hommes et les blancs sont systématiquement mieux traités que les autres⁸⁹². Ceci tend à prouver qu'il existe

890 De l'ordre de 2 à 15 % selon la ou les variables qui y seraient ajoutées, *ibidem*, page 158 in limine. Pour une vision de l'amélioration des performances du score selon les variables intégrées, voir pages 161 à 165, notamment pages 161 et 163 pour une vision synthétique. En effet, il faut observer ici que les probabilités d'augmentation des incidents de paiement associés à chaque variable citée ne se retrouve pas forcément dans les mêmes proportions dans l'amélioration du score final. Ainsi, à titre d'exemple, dans le cas de la question concernant les problèmes graves de mésentente entre les parents, le lien est nettement positif. D'une part, elle présente un score probabiliste important de + 105 % par rapport à l'absence de mésentente chez les parents, d'autre part, la simulation d'une grille fictive l'intégrant à la grille de référence élève le taux d'élimination correcte de + 3 %. En revanche, l'évolution est moins nette pour une question voisine, celle distinguant les problèmes de mésentente selon qu'ils sont associés ou non à la séparation des parents. Nous avons vu que cette modalité présente un score probabiliste de + 136 %, alors que, si on simule une grille intégrant cette question, on obtient un gain plus faible, de moins de 2 % seulement par rapport au taux d'élimination correcte (proportion des particuliers ayant effectivement connu des incidents de paiement, et ayant été éliminés parce que présentant un risque supérieur à celui du seuil du score adoptée) de référence.

891 Abondamment signalé d'ailleurs par l'auteur de l'étude des résultats de l'enquête menée par l'INSEE, *ibidem*, page 147, 158, 165.

bien un phénomène de discrimination ⁸⁹³, qui peut se scinder en deux. D'une part, une discrimination dite « statistique », et d'autre part, une discrimination dite « préjudiciable ». La première apparaît alors que les prêteurs utilisent les attributs démographiques précités, ou seulement certains d'entre eux, comme les substituts d'une information manquante sur le risque des demandeurs concernés, et prennent leur décision de crédit en utilisant ces substituts d'informations ⁸⁹⁴. Mais en ce cas, la disparité de traitement des demandeurs a une base économique puisqu'en effet, ces attributs sont censés avoir une pertinence réelle (c'est-à-dire constatée statistiquement) sur le fait qu'un crédit sera ou non remboursé ⁸⁹⁵. Tel n'est pas le cas de la discrimination dite « préjudiciable » qui, elle, n'a pas de fondement économique. Elle résulte uniquement d'une préférence du prêteur. Ce dernier, pour éviter le demandeur, imposera à son égard des exigences beaucoup plus fortes qu'à ceux n'ayant pas les mêmes attributs. On remarque que cette dernière catégorie de discrimination a un fondement arbitraire contrairement au premier type de discrimination, ce qui la rend d'autant plus inacceptable au plan juridique. En effet, si l'on peut, à la rigueur, admettre ou plutôt comprendre qu'il existe une discrimination qui a pour assise une réalité économique, cette compréhension s'efface lorsqu'elle a pour seul fondement le choix arbitraire du prêteur. Ceci étant, comprendre qu'un établissement de crédit puisse opérer une sélection par le biais des critères discriminatoires, et ainsi augmenter sa rentabilité, ne veut pas nécessairement dire admettre juridiquement la pratique. En effet, à côté de l'intérêt légitime du prêteur à assurer la rentabilité de son affaire, et par voie de conséquence à assurer la sécurité du crédit et dans une certaine mesure la protection de l'intérêt général, il existe un droit fondamental du demandeur de crédit, et plus généralement de la personne, celui du respect des libertés individuelles, celui de la protection de sa vie privée. C'est pourquoi, des règles ont été édictées afin d'éviter toute discrimination fondée, notamment, sur le sexe, l'origine, la race, la religion. D'ailleurs, les États-Unis, précurseur en matière d'élaboration et de mise en oeuvre des systèmes de *scoring*, ont très vite perçu le danger, pour les libertés individuelles, de ces techniques de sélection, et ont élaboré une législation dans le but d'assurer la protection

892 N. Nicolas EBER, précité, pages 81, 87, 91. Ainsi selon les chiffres relevés par l'auteur, être blanc réduit la probabilité d'être rationné d'environ 5,4 %, démontrant qu'il existe bien une discrimination raciale sur le marché du crédit américain, notamment envers la population noire du pays.

893 Sur le marché du crédit, la discrimination existe lorsqu'on observe de fortes différences, en matière d'accès au crédit ou de coût du crédit, entre des groupes qui se distinguent avant tout par des différences démographiques, c'est-à-dire des différences de sexe, de race, de statut familial, de religion, ou encore par des différences d'origine et de forme des revenus.

894 Définition tirée de l'article de Michel DIETSCH, « Peut-il exister un droit au crédit », Revue d'Economie Financière, n°58, 2000/3, page 140. Ce dernier signalant à titre d'exemple que ces informations pourraient être utilisées dans des systèmes de *scoring*.

895 Dans cette même catégorie de discrimination dite « statistique », on peut retrouver l'utilisation excessive de données sur les incidents passés. De ce fait, un emprunteur peut être pénalisé durablement si cette information est utilisée de façon récurrente et finit par prévaloir sur d'autres considérations, alors même que la situation du client s'est redressée. On peut alors considérer comme une forme de discrimination statistique l'utilisation non contrôlée de cette information dans des systèmes de *scoring*, ibidem page 140.

de celles-ci.

a./ Regard sur la législation des Etats Unis.

348. Protection des libertés aux États-Unis. Ce danger a d'ailleurs bien été perçu par la théorie des économistes et notamment par le Professeur Dietsch⁸⁹⁶ pour lequel, « si de plus en plus de banques utilisent des scores, et s'en servent comme un moyen de substituer une technologie finalement peu coûteuse au travail coûteux des experts en crédit, un danger pour le futur est que la discrimination statistique se développe... ce serait une conséquence fâcheuse de la sophistication nécessaire des outils de gestion des risques de crédit ». Ce risque qui n'a pas échappé aux autorités américaines, sous l'impulsion des associations de consommateurs, a permis de bâtir tout un édifice juridique visant précisément à lutter contre l'utilisation de critères jugés discriminatoires dans les systèmes de *scoring*. A la base de ce système, l'*Equal Credit Opportunity Act* (mis en oeuvre dans le règlement de la *Federal Reserve*) interdit à toute personne de faire référence à certains critères pour décider d'accorder ou non un crédit⁸⁹⁷. Bien évidemment, ce texte ayant une portée générale, il concerne aussi bien les techniques de sélection traditionnelles que le crédit-scoring qu'il ne vise pas directement et exclusivement. De ce texte il ressort qu'il est interdit aux établissements de crédit notamment, de discriminer à l'occasion des demandes de crédit, selon la race, la couleur, la religion, les origines nationales, le sexe, la situation familiale ou encore l'âge, dès lors que l'emprunteur est capable de contracter⁸⁹⁸. De même, ils ne pourront opérer une sélection du seul fait que le demandeur perçoit des revenus versés par les organismes d'aide publique. En pratique, cette législation est très large et enferme l'établissement de crédit dans un couloir étroit en termes de marge de manœuvre, et ce aux différents stades de l'analyse de la dignité. Ainsi, lors de la demande de crédit, celui-ci ne peut demander si la personne est divorcée ou veuve, ni des informations sur le conjoint sauf si celui-ci est co-emprunteur, ni des informations quant à savoir si la personne entend avoir des enfants

896 Ibidem , page 147.

897 Voir, Alain-A. Levasseur , « Droit des États-Unis », précis Dalloz, 2^{ème} édition, 1994, page 333, n° 848 et 849 ; Nicolas EBER, précité, page 87 et 88 ; voir aussi sites web : <http://consumerlawpage.com/brochure/32.shtml> ; <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/credit/scoring.htm> . Pour un site complet sur la technique du crédit-scoring aux USA, <http://www.credit-scoring.com/>.

898 Concernant le critère de l'âge, il a été permis aux prêteurs de discriminer selon ce critère, dès lors qu'il a été statistiquement démontré que l'âge constitue une variable déterminante, mais à la condition sine qua non que cette considération ne nuise pas aux personnes âgées. En effet, aux USA, l'établissement de crédit ne peut pas refuser un crédit à une personne âgée de plus de 62 ans ou rompre le crédit de ce seul fait. En revanche, l'établissement de crédit peut prendre en considération l'âge élevé s'il est établi qu'il existe une influence ou une interdépendance avec certains éléments de la dignité de crédit (*creditworthiness*). Ainsi, par exemple, à 70 ans, si la personne demande un crédit sur 20 ou 30 ans, le prêteur est en droit de supposer qu'elle ne vivra pas assez longtemps pour rembourser entièrement le crédit. Dans ce cas, le refus sur cette seule base est possible. En revanche, la disposition prend tout son sens lorsque l'établissement de crédit a à statuer sur un crédit à court terme. De même, l'établissement de crédit peut prendre en considération l'âge, s'il suppose qu'à celui-ci correspond une baisse de revenus prochaine, l'approche de la retraite par exemple. Mais en toute hypothèse, à défaut d'impact établi sur la dignité de crédit, l'âge ne peut être pris en considération comme critère de sélection.

(aux USA cet élément est très important car dans le cadre d'un crédit long, cela laisse supposer des frais importants notamment lors de l'inscription en Université). De même, lorsqu'il s'apprête à se décider, outre les éléments concernant la race, la religion... l'établissement de crédit ne peut prendre en considération le fait que le demandeur n'a pas de numéro de téléphone à son nom. En revanche rien ne l'empêche de prendre en considération le fait qu'il existe un téléphone chez la personne. Il ne peut prendre en compte le fait que l'emprunteur va acheter la maison à financer dans un quartier noir, par exemple. Enfin, lorsqu'il évalue les ressources du demandeur, l'établissement de crédit ne peut établir de différence de traitement entre les revenus salariés et les revenus provenant d'aides publiques, ou opérer une décote sur les revenus par référence au sexe ou au statut matrimonial de la personne. Par exemple, l'établissement de crédit ne pourrait prendre en compte dans le score 100% du salaire d'un homme et seulement 75% du salaire lorsqu'il aura affaire à une femme. S'agissant de cette dernière catégorie de personnes, l'établissement de crédit ne peut non plus prendre en considération, dans le système score, l'âge de la femme afin d'établir qu'elle risque d'avoir des enfants et donc d'arrêter son activité pour les élever. De même qu'il ne peut opérer une décote ou refuser de considérer des revenus parce qu'ils seraient issus d'un emploi à temps partiel, à durée déterminée ou parce qu'ils proviendraient d'une retraite ou des bénéfices de fonds de pension. Et enfin, il ne peut refuser de prendre en considération les revenus réguliers d'une pension alimentaire. En marge de l'*Equal Credit Opportunity Act*, existe le *Fair Credit Billing Act* (FCBA) qui offre au débiteur d'une facture quelconque la possibilité de contester certaines erreurs qui auraient pu être commises lors de l'établissement de la facture ou lors de la livraison de la marchandise, ou qui permet également à la personne qui s'est vue débiter deux fois le prix d'un achat, ou à laquelle un paiement n'a pas été inscrit, de rectifier ces erreurs. Or, concernant ces actions de rectification, l'*Equal Credit Opportunity Act* interdit précisément à un établissement de crédit de prendre en considération, lors de sa décision, ce type d'éléments, qui serait alors supposé révéler une versatilité ou un esprit chagrin. On pourrait alors penser, au regard de tout ce qui vient d'être dit ⁸⁹⁹, que les établissements de crédit disposent de peu d'éléments pour prendre leur décision et soient contraints de prêter à tout le monde. Ce serait pousser l'analyse des textes beaucoup trop loin, car le dispensateur reste libre de prendre en compte dans son système de *scoring* tout ce qui est relatif aux revenus et aux charges, aux éventuels incidents ou retards de paiement, à l'ancienneté de la relation bancaire, au nombre de crédits, leur durée, leur objet, le statut professionnel, l'ancienneté etc., en somme tout élément inscrit dans ce qui est appelé outre atlantique « *the credit report* » ⁹⁰⁰

⁸⁹⁹ On aurait pu également citer le Home Mortgage Disclosure Act (H.M.D.A) qui a pour objectif de lutter spécialement contre certaines discriminations géographiques constatées dans le domaine des prêts immobiliers. En effet, aux USA, s'est développée une pratique des établissements de crédit consistant à identifier par le marquage en rouge, d'où son nom de « credit redlining », des zones urbaines considérées comme à risque et pour lesquelles ils ne consentiraient aucun prêt. Or, le H.M.D.A contraint les banques à faire état de cette pratique en conservant pendant cinq ans les informations concernées, ces dernières devant servir de base à une éventuelle action en justice par référence à l'*Equal Credit Opportunity Act*. Voir sur cette question, Alain - A. Levasseur, précité, pages 333 - 334, n° 850.

⁹⁰⁰ Voir *supra* n° 249.

. Mais, même si, comme on a pu le voir lors de l'étude des sources, dans la plupart des pays européens. Ce sont les banques elles-mêmes qui récoltent et traitent les données, ce qui permet sans doute une confidentialité supérieure, le risque de discrimination, quant à lui, n'est pas pour autant éliminé. La Belgique⁹⁰¹ ainsi que la France sont des pays particulièrement sensibles et vigilants en ce qui concerne la protection des libertés individuelles. Non pas sans raison, notamment pour la France, puisque récemment, une affaire de discrimination raciale opérée par le truchement d'un système de crédit-scoring a mis en évidence que la discrimination raciale n'était pas l'apanage des seuls États-Unis.

b./ Discrimination raciale en France.

349. La source du problème. Le 22 septembre 1998 la CNIL a dû édicter une délibération⁹⁰² afin d'interdire la prise en compte dans les systèmes de sélection de clientèle (*scoring* en l'espèce) du critère de la nationalité. On a déjà vu⁹⁰³, lors de notre étude sur la collecte des données, que par principe, un établissement de crédit ne pouvait récolter des informations relatives à la race, à l'origine... et *a fortiori* les mettre en oeuvre dans un quelconque système de sélection. En revanche, ce que n'interdisait pas la CNIL, c'était la collecte de données relatives à la nationalité. En effet, à la lecture de l'article 3 de la délibération du 8 juillet 1980 relative à la gestion des crédits ou des prêts⁹⁰⁴, il est possible pour les établissements de crédit de demander des informations relatives à la nationalité mais exclusivement sous la forme : français, étrangers, ressortissant CEE⁹⁰⁵. Cependant, la CNIL s'est aperçue, après diverses vérifications opérées auprès de plusieurs établissements de crédit⁹⁰⁶, qu'une minorité d'entre eux attribuait une pondération différente suivant la nationalité des demandeurs de crédit.

350. Les faits. Selon une enquête du magazine « UFC-Que Choisir ? », certaines banques⁹⁰⁷ refusaient depuis quatre ans des crédits permanents à des ressortissants turcs, yougoslave, ou originaires du Maghreb sur la base de leur seule nationalité. En

901 Voir sur la prise de conscience du risque de discrimination et sur la réponse apportée par la Belgique, F. Domont-Naert, *françoise*, « Consommateurs défavorisés : crédit et endettement », précité, pages 211 à 213, page 140 ; voir aussi, en matière de crédit à la consommation la loi du 12 juin 1991, vue sur le site Internet http://mineco.fgov.be/protection_consumer/Credit/Credit_fr.htm#P170_10896.

902 Délibération n° 98 - 101 du 22 septembre 1998 portant modification de la Recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit, J.O. du 27 janvier 1999, pages 1411 et 1412.

903 Voir supra n° 145.

904 Modifié par les délibérations du 30 avril 1985 et du 5 juillet 1988 et dite « norme simplifiée n° 13 ».

905 Voir dans ce sens, dictionnaire Permanent Droit des Affaires, feuillets 150, « Fichiers informatiques », précité, page 900 A.

906 Contrôle sur place dans huit établissements de crédit. Délibération du 22 décembre 1998, précité, suite notamment à des révélations de la part de la presse qui faisait état d'une sélection par des critères discriminatoires telles que la nationalité et l'origine des personnes. Discrimination qui pouvait aller d'une simple pondération négative, jusqu'au refus définitif.

907 Crédit agricole.

effet, la lettre « K » apparaissait sur l'écran de l'ordinateur pour signaler à l'employé qu'il devait refuser le crédit. La signification de cette lettre, que l'on peut assimiler à une note réhibitoire à l'octroi de crédits était acheminée par notes internes adressées entre 1995 et 1997 aux chargés de clientèle. Etaient précisées les nationalités statistiquement risquées, voire à exclure (maghrébins, turcs, yougoslaves, et certaines populations d'origine africaine). Il s'agissait bien là d'une discrimination selon des critères relevant, au-delà de la nationalité (turcs, yougoslave), de l'origine (maghrébins), voire de la race (populations africaines)⁹⁰⁸.

351. La problématique engendrée. On peut légitimement se demander comment de tels critères ont pu être pris en considération dans le système de *scoring*, puisque chaque établissement de crédit qui utilise un tel traitement de données doit obligatoirement et sincèrement (ce qui apparemment n'a pas été le cas pour l'établissement de crédit concerné) décrire les variables utilisées ainsi que les pondérations qui leur sont affectées. On fera remarquer que le crédit-scoring ne répond pas aux conditions de l'article 17 de la loi du 6 janvier 1978 autorisant une déclaration simplifiée⁹⁰⁹, et que par voie de conséquence les établissements de crédit devaient passer par la procédure ordinaire de déclaration⁹¹⁰. Et lors de cette dernière, l'établissement déclarant doit⁹¹¹ signaler les informations traitées et les caractéristiques du processus d'établissement du score sous forme d'annexe confidentielle⁹¹², donnant pour chaque variable utilisée une fourchette de ces valeurs extrêmes. L'objectif étant d'éviter que de l'utilisation du crédit-scoring résulte des discriminations injustifiées⁹¹³. La déclaration, qui comporte les paramètres du score et les grilles de pondération, permet ainsi à la commission de vérifier que la nature et la pondération des informations utilisées dans le système score ne créent pas « toutes choses égales par ailleurs », des discriminations fondées sur l'origine, la

908 Voir aussi pour une discrimination des Français d'outre-mer, « Les libertés et l'informatique... », Documentation CNIL, précité, page 110.

909 Sur cette déclaration, voir *supra* n° 139.

910 L'établissement de crédit devra donc remplir l'annexe XIV, l'annexe V, VII, VIII, XII-1 etc. lorsqu'il désire mettre en oeuvre la technique du *scoring*.

911 Voir, délibération n° 88 - 083 du 5 juillet 1988 relative à la gestion des crédits ou des prêts, précité, selon laquelle les déclarations effectuées dans la déclaration ordinaire « doivent comporter, conformément à l'article 19 alinéa 3 de la loi, les informations traitées et les caractéristiques du processus d'établissement du score ».

912 Annexe XII - 1 in fine qui demande en son point 5 de joindre une annexe confidentielle donnant pour chaque variable utilisée la fourchette de ces valeurs extrêmes.

913 Voir documentation CNIL, « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité, page 110 « le calcul automatique du risque constituait un traitement automatisé d'informations nominatives qui devait, à ce titre, lui être déclaré, d'autre part, et surtout, que les caractéristiques du processus d'établissement du score devait lui (CNIL) être communiqué afin qu'elle (CNIL) puisse s'assurer que les méthodes mises en oeuvre ne conduisent pas inéluctablement à des décisions de rejet qui reposeraient sur des critères discriminants, illégitimes, voire illégaux ».

race, la nationalité notamment⁹¹⁴. On fera remarquer que malgré les réticences des établissements de crédit à divulguer ce qu'ils estiment faire partie du secret des affaires, la CNIL a depuis longtemps clairement affirmé qu'un tel argument ne pouvait lui être opposé⁹¹⁵. L'intérêt des établissements de crédit étant alors protégé par le devoir de secret auquel sont soumis les membres de la commission. Mais une des « faiblesses » du système de déclaration, ou plutôt de la mission accordée à la commission, est qu'elle ne dispose pas de la possibilité de refuser de délivrer le récépissé quand bien même les critères seraient illégaux, celle-ci ne disposant pas de compétence *a priori* pour cela. En revanche, celle-ci peut opérer des contrôles sur place et saisir le parquet si elle constate d'éventuelles infractions. La CNIL qui dispose d'un pouvoir d'investigation peut donc vérifier que la pratique de l'établissement de crédit est conforme aux déclarations qu'il a faites lors de la constitution du fichier. Or, dans l'affaire qui nous intéresse, la CNIL a constaté un décalage puisque l'établissement de crédit n'avait pas signalé les différentes pondérations, voire l'exclusion du crédit de certaines catégories de personnes à raison de leur origine ou de leur nationalité. C'était là les prémices d'une affaire qui allait opposer établissements de crédit et CNIL au travers deux visions radicalement différentes (b-1) quant à l'usage du critère de la nationalité dans le *scoring*, et à auxquelles le Conseil d'Etat apporta une réponse sans équivoque (b-2).

b-1 La position des protagonistes.

352. Arguments de faits de la CNIL. Constatant ces discriminations, la CNIL, dans une délibération du 22 décembre 1998, a précisé les conditions d'exploitation des systèmes de crédit-scoring, notamment par rapport aux variables utilisables et à leurs pondérations. Ainsi, à la lecture de ce document on retiendra que le « critère » de la nationalité et de sa collecte ne peut se justifier qu'au titre des éléments d'informations d'état civil et non pas comme critère de sélection. En effet, selon les termes mêmes de sa délibération « la nationalité peut constituer une variable entrant en ligne de compte dans ce calcul (score) qu'elle soit considérée sous la forme de, « français, ressortissant CEE, Autres » ou *a fortiori* enregistrée en tant que telle »⁹¹⁶. Pour édicter cette décision la CNIL se fonde sur trois textes de référence et sur une position *a priori*. En effet s'agissant de cet argument, la CNIL indique clairement qu'« admettre que les informations relatives à la nationalité soient pondérées différemment selon la nationalité serait considérer que celle-ci constituerait un critère pouvant déterminer de manière significative un comportement, indifféremment des conditions sociales, financières ou matérielles caractérisant la situation de l'intéressé ». Ce qui démontre que pour elle, ce critère est à

914 Voir aussi, sur le contenu et l'obligation de déclaration, Sophie NERBONNE, précité, page 37 ; Ariane MOLE, précité, pages 120 - 121.

915 Voir, 6^{ème} rapport d'activité de la CNIL, 1985, page 85 à l'occasion de l'édiction de la délibération du 30 avril 1985 précitée ; dans le même sens, voir Sophie G. JIDARA, précité, page 256 ; voir cependant pour l'opposition du secret bancaire à la CNIL, Jean -Luc DUFOURNAUD, précité, page 53.

916 Voir sur cette décision, Buletin Rapide de Droit des Affaires, n°18, mars 1999, page 11 ; Petites Affiches, n° 152, 2 août 1999, page 9 ; Revue Expertises, août et septembre 1999, page 253 ; rapport ASF, 1998, page 104, n° 88, pages 44 à 46 ; 19^{ème} rapport d'activité de la CNIL, 1998, page 124 et suivantes (délibération incluse).

rejeter *a priori* quand bien même le constat de la pertinence du critère aurait été démontré statistiquement. La CNIL part donc d'une position arrêtée : le critère de la nationalité « ne peut déterminer de manière significative un comportement » (à lui seul) ; les établissements de crédit ayant pourtant démontré la pertinence du critère.

353. Arguments de textes de la CNIL. Pour asseoir sa position de principe, la CNIL rappelle d'une part, que « l'article 7 du traité instituant la Communauté européenne a interdit d'établir des discriminations entre français et ressortissants d'un autre État membre de la communauté européenne », et d'autre part, « que les articles 225 - 1 et 225 - 2 du Code pénal sanctionnant toute distinction opérée entre les personnes physiques, dans le cadre de la fourniture d'un bien ou d'un service, en raison de l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, des personnes physiques à une nation, et qu'au surplus que l'information relative à la nationalité des demandeurs n'a pas de caractère pertinent au sens de l'article 5 c/ de la Convention 108 du Conseil de l'Europe au regard de la finalité d'un traitement visant à apprécier le risque de crédit ». Nous ne reviendrons pas sur les principes de pertinence et de finalité qui ont été largement développés dans notre titre 1^{er}. Cependant, on peut remarquer, dans ce cas d'application, que le principe de pertinence de l'information doit être défini à la lumière des principes de légitimité et de légalité du traitement. Ne serait ainsi pas pertinent un critère qui irait à l'encontre des textes de loi, même s'il permet une amélioration de l'efficacité du traitement, c'est-à-dire de la finalité du traitement (sélection des clients)⁹¹⁷. Pertinence de l'information⁹¹⁸ et pertinence du score⁹¹⁹ ne se recoupent donc pas forcément. Les limites sont, semble-t-il, fixées et viennent sacrifier l'intérêt direct des établissements de crédit au profit de la protection des libertés individuelles. Pourtant, les établissements de crédit avaient développé une argumentation qui mérite d'être exposée ici.

354. La position des professionnels du crédit : la prise en compte des difficultés de recouvrement. En effet, selon certains établissements de crédit, ainsi que l'ASF (Association des Sociétés Financières), l'introduction du critère de la nationalité dans leur système score avait pour but de prendre en compte des éventuelles difficultés de recouvrement en cas de retour des emprunteurs au pays d'origine. Plus précisément, ces établissements de crédit ont fait valoir « qu'une pondération différente entre ressortissants français, ressortissants d'autres États membres de la communauté européenne et ressortissants d'un autre pays du monde, c'est-à-dire entre des catégories regroupant, pour les deux dernières, plusieurs nationalités sans qu'il soit distingué entre elles au sein d'une même catégorie, permet de tenir compte des difficultés plus ou moins grandes et onéreuses de recouvrement des créances dans l'hypothèse où le débiteur regagnerait son pays d'origine ; [...] que, sans être de nature à porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, l'information enregistrée selon de telles modalités serait pertinente au regard de la finalité du traitement »⁹²⁰. Le choix des établissements de crédit qui adopteraient une pondération différente suivant l'origine ne relèverait donc pas d'un choix

917 On a vu que la prise en compte de certains critères interdits améliorerait effectivement la pertinence du score.

918 Telle que prévue par la loi.

919 Pris dans le sens amélioration constatée du score.

arbitraire mais d'une réalité économiquement justifiée : la difficulté ainsi que le coût d'une éventuelle procédure de recouvrement. Il est alors vrai que la différence de traitement apparaît à cet égard tout à fait pertinente. Cependant, cette argumentation, si compréhensible soit-elle au regard de l'objectif de rentabilité des établissements de crédit, n'a pas convaincu la CNIL.

355. Une position rejetée par la CNIL. Elle a estimé qu'un tel argument « ne saurait rendre légitime la distinction entre français, ressortissants d'autres états membres de la communauté européenne et étrangers » au regard des textes ayant servi de base à sa décision ⁹²¹, et « dans l'hypothèse dans laquelle un ressortissant étranger vivant en France et souscrivant un crédit retournerait dans son pays d'origine avant l'expiration de la durée de validité de son titre de séjour ne saurait à elle seule justifier que, de manière générale, le nombre de points affecté par l'ordinateur au demandeur de crédit soit différent selon que ce demandeur est français, ressortissant d'un État membre de la communauté européenne ou ressortissant d'un État tiers ». Cette dernière justification de la CNIL exprime parfaitement l'idée que l'éventualité d'un retour au pays n'implique pas automatiquement et irrémédiablement le non-remboursement des crédits qui dépend d'autres facteurs sociaux et économiques. Si donc la finalité d'un tel traitement est la sélection de la clientèle solvable, on ne voit pas en quoi la qualité d'étranger ou de français viendrait perturber cette solvabilité : l'argument des difficultés de recouvrement ne peut emporter l'adhésion puisque l'objectif même du crédit-scoring est d'éviter d'aller au recouvrement. Si le crédit doit lui être accordé au regard des autres critères, on ne voit pas pourquoi il devrait y avoir une pondération différente selon la nationalité.

356. L'assouplissement de la position de la CNIL : la prise en compte de la durée de validité du titre de séjour. Cette dernière a admis que l'éventualité d'un recouvrement soit susceptible de justifier l'éventuelle prise en compte dans le score de la durée de validité du titre de séjour des ressortissants étrangers vivant en France, en tout cas, pour les crédits comportant un long échelonnement d'amortissement. On remarque que les formules employées : « est susceptible de justifier une éventuelle » et « pour les crédits comportant un long échelonnement », marquent les réticences de la CNIL à admettre que la qualité d'étranger puisse justifier une pondération différente. Pour elle d'ailleurs, « seule la prise en compte de la stabilité de la résidence du demandeur de crédit sur le territoire français constitue une information pertinente ».

357. Opposition des associations des professionnels du crédit. Quoi qu'il en soit, la position de la CNIL dans cette affaire n'a pas converti l'ASF puisque celle-ci a décidé d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat, tout comme l'AFECEI. Celui-ci s'articule autour d'un postulat de départ ⁹²².

358. L'argument tiré de la nature juridique des recommandations. Soit il faut

920 Délibération n° 98 - 101 du 22 décembre 1998, précité.

921 Article 12 du traité de Rome, article L. 225-1 et L. 225-2 du Code pénal et article 56 de la Convention 108 du Conseil de l'Europe.

922 Voir rapport d'activité de l'ASF, 1998, page 44 et suivantes.

considérer que la Recommandation délivrée par la CNIL ne fait pas grief, c'est-à-dire qu'elle n'aurait alors aucune force contraignante, mais au contraire n'aurait qu'une valeur de Recommandation comme son titre l'indique. Dans ce cas les destinataires (établissements de crédit) n'auraient pas à se conformer à cette délibération et pourraient continuer de pratiquer une pondération différente suivant la nationalité. Soit la délibération à force contraignante, ce qui est plus probable, et dans ce cas les établissements de crédit devront se conformer à celles-ci. Néanmoins, selon l'ASF et l'AFECEI, cette Recommandation souffrirait de plusieurs maux : d'une part, elle serait entachée d'erreur de droit, la CNIL en choisissant la voie de la Recommandation aurait employé une forme de délibération impropre à servir l'objectif de réglementation poursuivi. D'autre part, d'incompétence, car selon les plaignants, aucune intervention réglementaire de la CNIL ne serait prévue par les textes l'instituant (loi du 6 janvier 1978) ni donc licite, à l'égard des déclarations ordinaires dont relève la technique du *scoring*, le pouvoir normatif de la CNIL étant strictement cantonné à l'élaboration de son règlement intérieur, des normes simplifiées et des règlements type de sécurité. Incompétente au surplus parce que la CNIL n'a aucune attribution pour se prononcer sur les libertés en dehors du domaine de l'informatique, ce qu'elle aurait pourtant fait dans cette délibération en visant, au-delà du traitement automatisé, l'appréciation du risque⁹²³ général, et donc, en l'occurrence, les fichiers manuels et l'intervention humaine. De plus cette Recommandation serait contraire à la convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elle entend sanctionner la pratique des établissements de crédit et qu'à défaut de séparation entre les organes d'instruction et de décision, l'exigence d'impartialité posée par l'article 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme aurait été méconnue. Les plaignants faisant ici référence à la décision de la Cour de cassation dans son arrêt du 5 février 1999 à propos de la COB.

359. L'argument faisant état d'une interprétation erronée des faits par la CNIL.

Le dernier grief formulé à l'encontre de cette Recommandation est qu'elle se baserait sur une philosophie et une appréciation inexacte des faits, la CNIL se serait profondément méprise sur la nature du crédit-scoring. Celui-ci étant fondé sur une étude statistique à partir d'un important échantillon qui permettrait seulement de déterminer la probabilité d'impayé sans aucun arbitraire dans le choix des critères. Cette dernière argumentation⁹²⁴ laisse, selon nous, clairement apparaître que ce ne sont pas les difficultés de recouvrement qui ont justifié une pondération différente selon la nationalité, mais bien le constat statistique que certaines populations étaient plus risquées que d'autres (notamment française). Or, par cette décision la CNIL vient sanctionner l'utilisation de ce type de critères, quand bien même il serait pertinent pour la sélection, et fixe par la même occasion les limites à ne pas franchir pour les établissements de crédit lors de la conception du crédit-scoring. Les établissements de crédit ont certes un droit légitime, si ce n'est un devoir, à sélectionner les demandeurs de crédit, mais cela ne doit pas se faire

923 Voir délibération in fine , « que dans le cadre de l'appréciation du risque et au-delà du calcul automatisé qui en est fait, seule la prise en compte de la stabilité... constitue une information pertinente ».

924 Rapport ASF précité, notamment note n° 16, page 45 et page 46. La nationalité étant un critère discriminant comme un autre, pourquoi ne pas l'utiliser !?

au détriment des libertés individuelles et de la vie privée des demandeurs. Les critères adoptés par les systèmes de *scoring* doivent donc, tout en étant discriminants, ne pas devenir dans le même temps discriminatoires. Est-ce à dire que le crédit-scoring perd pour autant tout son intérêt pour les établissements de crédit ? Telle affirmation serait par trop excessive, et démentie aussi bien par la pratique des établissements de crédit que par la décision du Conseil d'Etat.

b-2 La décision du Conseil d'Etat ou la légitimité du critère de la nationalité.

360. Plan. Dans son arrêt du 30 octobre 2001, qui fera sans doute date dans les annales du crédit-scoring, le Conseil d'Etat est venu rejeter, de manière quelque peu expéditive, l'argumentaire posé par la CNIL, venant par la même occasion valider la prise en compte d'une pondération différente suivant la nationalité du demandeur de crédit. Selon cette juridiction la nationalité ne porte atteinte ni au principe de finalité édicté à l'article 5 c/ de la Convention 108 (b-2-1), ni au principe de non-discrimination tel que prévu à l'article 7 du traité CE, devenu article 12 du traité CE, et aux articles L. 225 -1 et L. 225 - 2 du Code pénal (b-2-2).

b-2-1 L'atteinte au principe de finalité du traitement,

361. La nationalité : une donnée « pertinente, adéquate et non excessive ». Le Conseil d'Etat répondra que, « Considérant que la prise en compte de la nationalité d'un demandeur de prêt comme élément d'appréciation d'éventuelles difficultés de recouvrement des créances correspondant à la finalité d'un traitement ; qui ne ressort pas des pièces du dossier relatives aux conditions dans lesquelles cet élément est combiné avec les autres données du calcul automatisé du risque que cette prise en compte soit disproportionnée à son objet ; qu'ainsi c'est à tort que la CNIL s'est fondée sur ce que la nationalité du candidat à un crédit ne constituerait pas une donnée « pertinente, adéquate et non excessive » au regard de la finalité du traitement ... » . C'est donc à une solution radicalement différente de celle de la CNIL à laquelle parvient le Conseil d'Etat. Pour ce dernier, la référence au critère de la nationalité est en parfaite adéquation avec le principe de finalité des traitements scores dès lors que, « cet élément est combiné avec les autres données du calcul automatisé du risque ... » . L'affectation d'une pondération différente selon la nationalité doit ainsi être considérée comme une donnée « pertinente, adéquate et non excessive » , au regard de la finalité du traitement. Les établissements de crédit, contrairement à ce qu'affirmait la CNIL, en procédant de la sorte ne contreviennent donc pas au texte de la convention 108⁹²⁵ édictant le principe de proportionnalité entre la finalité du traitement et les données traitées⁹²⁶ . A dire vrai, cette position du Conseil d'Etat s'explique aisément.

362. Une solution fondée sur la prise en compte des difficultés de recouvrement. En effet, la solution procède logiquement de la conception émise par le Conseil d'Etat du système de crédit-scoring. Cette juridiction considère ainsi, « que la

⁹²⁵ Rappelons, comme l'a fait le Conseil d'Etat, qu'en vertu de la loi du 19 octobre 1982, cette convention a été ratifiée par la France. Elle s'applique donc dans toutes ses dispositions.

⁹²⁶ Nous ferons remarquer que la loi du 6 janvier 1978 ne fait pas référence, de façon expresse, au principe de finalité, sauf peut-être pour les déclarations des traitements qui doivent spécifier cette finalité. Article 19 de la loi de 1978.

prise en compte de la nationalité d'un demandeur de prêt comme élément d'appréciation des éventuelles difficultés de recouvrement des créances correspond à la finalité d'un tel traitement... » . Le Conseil d'Etat s'est donc fondé sur les difficultés de recouvrement qui pourraient résulter d'une défaillance, et non, comme le pensait la CNIL, de la pertinence du critère de la nationalité en tant qu'élément pouvant altérer ou compromettre la dignité de crédit de la personne. Or, de ce point de vue, il est exact de considérer que le nécessaire recouvrement à l'étranger sera plus délicat à mettre en oeuvre et à aboutir que celui qui serait mené en France. La CNIL, quant à elle, a procédé à un raisonnement, selon nous, plus fin puisque pour elle, en lui-même, le critère de la nationalité ne dirait rien sur la capacité de remboursement du demandeur de crédit⁹²⁷ . Selon elle, seul un critère apte à déterminer de manière significative un comportement pouvait être considéré comme pertinent. Ces deux approches conceptuellement différentes, ne pouvaient donc mener, sur ce point, qu'à l'annulation de la délibération. Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas été davantage convaincu par l'argument de la discrimination.

b-2-2 L'atteinte au principe de non-discrimination.

363. Plan. En effet, celui-ci a estimé, « que la référence à la nationalité comme l'un des éléments de pur fait d'un calcul automatisé du risque, dont la mise en oeuvre n'entraîne pas le rejet d'une demande sans l'examen individuel de celle-ci, ne constitue pas une discrimination et dès lors n'entre pas, en tout état de cause, dans le champ d'application de l'article 6 du traité CE, devenu, après modification, l'article 12 CE (b-2-2-1) ; qu'elle ne saurait davantage, en l'absence d'élément intentionnel, être regardée comme tombant sous le coup des articles 225 - 1 et 225 - 2 du code pénal... » (b-2-2-2). Visiblement, le Conseil d'Etat traite différemment la question de la discrimination selon les textes en cause : article 12 du traité CE ou articles L. 225 - 1 et L. 225 - 2 du Code pénal.

b-2-2-1 Au plan communautaire.

364. Calcul automatisé ou l'impossibilité matérielle d'une discrimination. Selon la Haute autorité administrative, le critère de la nationalité ne constitue pas une discrimination au regard de la législation communautaire. Cependant, au-delà de cette solution, avancée de façon quelque peu lapidaire, le Conseil d'État demeure pour le moins énigmatique sur les motivations qui l'ont conduit à ce constat d'exclusion de l'article 12 du traité CE. En effet, il énonce, « que la référence à la nationalité comme l'un des éléments de pur fait d'un calcul automatisé du risque, dont la mise en oeuvre n'entraîne pas le rejet d'une demande sans l'examen individuel de celle-ci, ne constitue pas une discrimination... » . Selon nous, pour que la formule prenne un sens, il faut considérer que pour le Conseil d'Etat, calcul automatisé et décision individuelle sont deux éléments totalement dissociables. Et que seul le rejet d'une demande fondée sur un examen individuel, prenant en compte le critère de la nationalité, est susceptible de constituer l'élément matériel de l'infraction. En dehors, c'est-à-dire dans le cas où le critère de la nationalité serait intégré dans un calcul automatisé du risque, en l'espèce le *scoring*, il ne pourrait y avoir de discrimination faite pour l'élément d'intégrer un processus décisionnel

⁹²⁷ En ce sens, voir Raymond GASSIN, « La nationalité du demandeur de prêt et le banquier dispensateur de crédit », LAMY Droit de l'Informatique et des Réseaux, mars 2002, n° 145, page 1 et suivantes, spécialement n° 22.

que nous qualifierions volontiers d'humain. Le Conseil d'Etat considérerait alors le calcul automatisé du risque, quels que soient les critères mis en oeuvre dans celui-ci, comme une sorte de processus préalable matériel totalement indépendant de ce qui formerait la base de la décision d'octroi ou de refus. Finalement, le Conseil n'adopterait là que la philosophie de la loi de 1978 qui vise à placer l'informatique au service de l'Homme. Le calcul automatisé ne serait donc qu'un outil, comme le serait par exemple un état du compte bancaire, totalement détachable du vrai processus décisionnel, c'est-à-dire celui qui est mise en oeuvre par l'être humain, celui qui proviendrait de, « l'examen individuel », et qui serait le seul acte à pouvoir faire l'objet d'une emprise juridique, en l'espèce d'une emprise par les textes relatifs à la discrimination. A suivre ce raisonnement l'on comprend alors mieux pourquoi le Conseil d'Etat est venu exclure toute idée de discrimination au plan communautaire. Cependant, cette conception est-elle bien réaliste ?⁹²⁸ Il ne le semble pas.

365. Une solution en décalage avec la réalité pratique. En effet, adopter la vision du Conseil d'Etat serait considérer que le banquier, lorsqu'il prend sa décision, le fait sans tenir compte du calcul automatisé qui intègre le critère de la nationalité. Une telle vision est plus qu'aberrante et est totalement en décalage avec la pratique quotidienne des établissements de crédit. Aberrante, tant on voit mal les établissements de crédit mettre en oeuvre des moyens considérables pour construire ces systèmes pour ne pas s'en servir lors de la décision, alors même que ces techniques ont précisément pour objet de faciliter celle-ci. En décalage avec la réalité car, notamment dans les crédits à la consommation, le système de *scoring* constitue, avec la consultation du FICP, le seul élément de la prise de décision. Autant dire que si le système intègre une pondération différente suivant la nationalité du demandeur de crédit, cet élément se retrouvera alors forcément dans la décision finale, celle que nous avons qualifiée d'humaine. Nous pouvons donc conclure que la décision du Conseil d'Etat s'appuie sur une vision de la réalité erronée, et que la référence au critère de la nationalité dans le système score pouvait et peut parfaitement intégrer le champ d'application de l'article 12 du traité CE.

366. Une vision apparemment partagée par la Commission européenne. Cette dernière, saisie de cette affaire par une question posée devant le Parlement européen⁹²⁹, a considéré, elle aussi, que l'article 12 du traité CE n'empêchait pas le traitement des données à caractère personnel concernant la nationalité aux fins de l'établissement d'un contrat de crédit. La Commission a seulement précisé que ce traitement devait respecter, ce qui va de soi, les principes édictés dans la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des données personnelles, et que la prise en compte de ce critère ne devait pas cacher des discriminations fondées sur la race ou l'origine. Cette dernière remarque est importante car, comme nous l'avons fait remarquer, il n'est pas certain que dans l'affaire en question, l'origine (maghrébins) ou la race (populations africaines), n'était pas mise en cause au travers le critère de la nationalité. L'analyse de la question au regard des textes nationaux devra pourtant nous convaincre du contraire.

⁹²⁸ Voir sur ce point spécifique, nos propos *infra* n° 370 et suivants.

⁹²⁹ Voir sur cette question, Laurent Caron, « Le Conseil d'Etat autorise le traitement de la nationalité alors qu'un projet de loi est pendant devant le Parlement », *Revue Banque et Droit*, n° 83, 05-06/02, page 19 et suivantes, spécialement page 21, colonne n°2.

b-2-2-2 Au niveau national.

367. Calcul automatisé : un cas possible de discrimination. Selon le Conseil d'Etat, « la référence à la nationalité comme éléments de pur fait... ne saurait... en l'absence d'élément intentionnel, être regardée comme tombant sous le coup des articles 225-1 et 225 - 2 du code pénal... » . C'est dire, aussi étonnant que cela puisse paraître, que ce qui au plan communautaire ne pouvait constituer une discrimination faite pour le calcul automatisé du risque de pouvoir constituer le fondement du refus de crédit, devient subitement, au plan national, un cas de discrimination possible.

368. Recherche de l'élément matériel. D'après l'article L. 225 - 1 du Code pénal, « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille (...) de leur patrimoine, (...), de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » . L'article L. 225 - 2 condamne, notamment, le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service en raison de l'une des discriminations énoncées à l'article L. 225 - 1. Or, le refus d'octroi d'un crédit entre précisément dans cette dernière hypothèse, et constitue l'élément matériel du délit de discrimination⁹³⁰ . Il n'y a là aucune ambiguïté possible. La difficulté réside davantage dans la recherche de l'élément moral de l'infraction.

369. Recherche de l'élément intentionnel. Celui-ci doit être cherché dans la conscience d'enfreindre la loi en pondérant différemment le critère de la nationalité suivant la nationalité des demandeurs de crédit (dol général), mais aussi dans le mobile discriminatoire ou la volonté de distinguer entre ces mêmes demandeurs (dol spécial). L'un des motifs de l'article 225 - 1, en l'espèce est « l'appartenance ou leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une nation... » . Or, selon la CNIL : « admettre que l'information relative à la nationalité soit pondérée différemment selon la nationalité serait considérer que celle-ci constituerait un critère pouvant déterminer de manière significative un comportement indifféremment des conditions sociales, financières... » . C'est ici considérer que le critère de la nationalité pouvait entraîner, à lui seul, le refus du crédit devenant ainsi le critère exclusif de la décision, et que par voie de conséquence les conditions d'application de l'article 225 - 2 étaient réunies. A l'inverse, pour le Conseil d'Etat, « La référence à la nationalité comme l'un des éléments de pur fait d'un calcul automatisé du risque, dont la mise en oeuvre n'entraîne pas le rejet d'une demande sans l'examen individuel de celle-ci, ... ne saurait ..., en l'absence d'élément intentionnel, être regardée comme tombant sous le coup des articles 225 - 1 et 225 - 2 du Code pénal » . Pour cette juridiction le critère de la nationalité n'est qu'un critère parmi d'autres. A défaut de devenir le motif exclusif de la décision, l'infraction ne pouvait être consommée. Il nous semble même possible de soutenir qu'au regard de cette position, l'incrimination ne pourrait être constituée que si, d'une part, le critère de la nationalité prend une place exclusive dans le système score et, d'autre part, l'examen individuel corrobore ce résultat en n'intégrant pas d'autres critères. En ce sens le Professeur Raymond Gassin nous dira que, « En disposant que constitue une discrimination toute distinction opérée entre les

⁹³⁰ Sur ce point, voir Raymond GASSIN, « La nationalité des demandeurs de prêts et le banquier dispensateur de crédit », Lamy, « Droit de l'Informatique et des Réseaux », précité, n° 32 et 33.

personnes physiques à raison de ... (l'article L. 225 - 1 du Code pénal) implique qu'une distinction, pour être qualifiée de discrimination, doit être le motif exclusif de l'acte matériel, en l'espèce le refus de prêt ou de crédit »⁹³¹. C'est dire que si le traitement prend en considération d'autres critères pour caractériser la situation du demandeur, le délit ne sera pas retenu. Cependant, la crédulité ne doit pas non plus l'emporter dans le cas où cette prise en compte d'autres éléments revenait, en fait, à dissimuler une volonté de discrimination par la nationalité, l'origine ou la race. L'on ne peut donc que conseiller aux établissements de crédit de faire un usage modéré de ces techniques et des critères qu'elles intègrent, grâce à l'analyse humaine, s'ils ne veulent pas risquer de tomber sous le coup des dispositions issues de la loi informatique et libertés et/ou du Code pénal. Cette mise en garde devrait particulièrement toucher les sociétés financières qui, de par leur spécialité, ont tendance à faire un usage souvent excessif du score.

II Utilisation du scoring.

370. Un degré d'utilisation différent selon l'établissement de crédit utilisateur. La technique du crédit-scoring est aujourd'hui largement répandue dans le monde bancaire. Il est toutefois vrai que les banques dites universelles font moins fréquemment état de cette méthode que les sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation⁹³², qui l'ont érigée en instrument incontournable de la sélection des demandes de crédit. La raison est à rechercher dans le système dual de distribution des crédits aux particuliers.

371. Les raisons de ce décalage par référence à la nature du crédit distribué. Dualité tout d'abord de la nature des crédits distribués, les banques généralistes offrant davantage des prêts immobiliers et des prêts personnels, alors que les sociétés spécialisées distribuent davantage des prêts à la consommation affectés, même si, actuellement, la différence tend à s'estomper, les sociétés spécialisées distribuant très largement des prêts personnels et des crédits permanents, et les banques généralistes des crédits à la consommation. La grosse différence demeure donc dans la distribution des prêts immobiliers propre au secteur généraliste. Cependant la technique du *scoring* est très utilisée dans les deux cas, mais à des degrés différents puisqu'elle est mise en œuvre par 90 % des sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation alors que les banques généralistes ne l'utilisent qu'à hauteur de 75 %.

372. Les raisons de ce décalage par référence au mode de distribution. Dualité également du système de distribution de crédit, les banques généralistes privilégient la relation en agence, c'est-à-dire le contact avec la personne, alors que les sociétés spécialisées distribuent le crédit par le biais de la prescription. Dans ce dernier cadre de distribution, le demandeur de crédit qui entend acheter un bien de consommation n'a pas de contact direct avec la société spécialisée, c'est le vendeur du bien qui joue le rôle d'intermédiaire. La masse des demandes à traiter dans cette forme de distribution incite les sociétés spécialisées à utiliser davantage des procédures automatisées.

373. Les raisons de ce décalage par référence à la clientèle visée. Dualité enfin

⁹³¹ *Ibidem*, n° 35, page 11.

⁹³² En ce sens, voir rapport du Conseil économique et social, précité, page 49.

du type de clientèle s'adressant, pour l'un, aux banques généralistes, pour l'autre, aux sociétés spécialisées pour obtenir un financement. Les premières attirent plutôt une clientèle dite à « rationalité objective » caractérisée par l'adaptation de ses moyens (apport personnel et emprunt) à l'achat envisagé en minimisant le coût (taux d'intérêt) et qui reste très sensible aux risques⁹³³. Les sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation attirent, quant à elles, une clientèle dite à « rationalité procédurale » caractérisée par une faible sensibilité au coût. Dès lors, peu importe le taux d'intérêt, l'essentiel étant d'obtenir le crédit afin de satisfaire ses besoins. Cette clientèle au contraire de la première ne craint pas le risque mais est totalement allergique à l'apport de garanties. Cette clientèle s'est donc tournée vers les sociétés spécialisées dont le système de fonctionnement répond à ces critères. En effet, les sociétés spécialisées, sur la base d'une analyse globale du risque, proposent un taux d'intérêt élevé correspondant au risque moyen. Il est alors évident, par rapport au risque individuel de chacun, qu'il sera soit trop élevé, soit trop faible et rarement équilibré. A partir de là, la clientèle dite à « rationalité procédurale » qui n'est pas sensible aux taux d'intérêt, choisira ce type d'établissement de crédit. En revanche, la clientèle dite à « rationalité objective », qui elle, est sensible au tarif, va refuser de telles conditions et s'orienter vers des banques généralistes qui pratiquent des taux moins élevés. Se produit alors un phénomène dit « d'anti-sélection » (ou sélection adverse) qui voit les clients les moins risqués partir vers les banques généralistes⁹³⁴. Bien entendu, en échange d'un taux d'intérêt faible, ces dernières réclament des garanties importantes. Pour la clientèle à rationalité procédurale, cette demande de garanties est reçue comme une barrière à l'entrée en relation et non comme la contrepartie d'un taux faible. De plus, celle-ci étant souvent moins riche ne peut pas toujours fournir ces garanties. Dès lors, la clientèle à rationalité objective sera naturellement sélectionnée. Si son risque est faible, celle-ci consentira à fournir les garanties. A l'inverse, chez les sociétés spécialisées, la faiblesse des garanties demandées ne permet pas de sélectionner la clientèle. Cette absence de demande de garanties peut d'ailleurs s'avérer dangereuse puisqu'elle pourra être interprétée comme une autorisation, un blanc-seing donné par la société et qui incitera la clientèle à s'endetter davantage. Or, la clientèle à rationalité objective qui connaît son niveau de risque acceptable ne cédera pas à l'euphorie, tandis que la clientèle à rationalité procédurale, dont l'objectif est l'obtention coûte que coûte du crédit, risque plus fortement de céder à la tentation. Face à cette situation, et pour limiter un contentieux considérable, les sociétés spécialisées n'appliquent pas les mêmes méthodes de sélection que les banques généralistes. Il n'est pas étonnant, face à ces différentes dualités (de clientèle, de type de distribution, de type de crédit), de voir se développer une dualité des modes de sélection. Les banques généralistes qui privilégient la relation de confiance intègrent un impératif moral de loyauté qui ne se réduit pas à la relation de clientèle fondée sur la réputation. Le crédit conserve alors son sens premier, la confiance dans l'autre. L'emprunteur est traité comme une personne avec laquelle on s'engage dans un projet de

933 Voir, Jean-François GOUX, « Le système dual de distribution des crédits aux particuliers », Revue Banque Stratégie, n° 106, juin 1994, page 7.

934 Pour plus de détails, ibidem, pages 7 et 8.

compréhension qui a pour objet la connaissance de ses besoins. Dans cette logique, les méthodes traditionnelles privilégiant le contact humain semblent mieux adaptées. A l'inverse, les sociétés spécialisées qui ont affaire à un type de clientèle plus risqué et à des modes de distribution spécifiques (prescription), vont largement favoriser une sélection de type *scoring*, qui exclut toute compréhension personnalisée dans son fonctionnement au profit d'une information standardisée traitée de façon à relever d'un calcul de probabilité, « d'une gestion assurancielle du risque »⁹³⁵. Le rapport 1992 de la Commission Bancaire avait d'ailleurs relevé une distinction du même genre selon laquelle, « ensuite et surtout, les différences s'accusent au stade de la sélection proprement dite, en fonction de la plus ou moins bonne connaissance préalable des comportements financiers de la clientèle, celle-ci étant notamment fondée, pour les établissements collecteurs de dépôt, sur l'observation du fonctionnement des comptes gérés... ceci explique que l'étude de la demande de crédit, si elle repose quasi systématiquement sur des critères largement uniformisés, ne s'appuie sur la méthode des scores que chez les seuls établissements spécialisés »⁹³⁶. Si la technique présente des inconvénients (B), notamment celui d'être impersonnelle, ses vertus les ont, semble-t-il, supplanté et su convaincre le monde bancaire (A).

A Les vertus du crédit-scoring.

374. Présentation. Pour les sociétés spécialisées, notamment, le crédit-scoring constitue un outil irremplaçable pour au moins trois raisons. D'une part, cette technique serait plus performante que le jugement humain, tout en restant très souple d'utilisation. Il est effectivement aisé pour l'établissement de crédit de faire varier son seuil d'acceptation selon qu'il souhaite privilégier le caractère du risque ou celui du volume. D'autre part, seul le score garantirait une cohérence dans la politique d'octroi de l'établissement de crédit en tout point de son réseau, quel que soit l'agent commercial ou le prescripteur. Enfin, le score supprimerait toute subjectivité de la part de l'employé prévenant du même coup toute discrimination qui ne serait pas fondée sur les critères précédemment énumérés⁹³⁷. Ces caractéristiques font que l'intérêt du crédit-scoring, pour les établissements de crédit, n'a pas à être recherché uniquement du côté économique et commercial (2°), mais également du côté du respect des règles de gestion du risque de crédit (1°).

1° L'intérêt du crédit-scoring au regard des normes prudentielles.

a./ La maîtrise des impayés et l'exigence de rentabilité des fonds propres.

375. Maîtrise du risque des impayés de crédit. En effet, dans le système traditionnel de la prise de décision, un client refusé aujourd'hui par un exploitant pourrait être accepté demain. De même, un client accepté dans une agence aura précédemment

935 Ibidem , page 8.

936 Rapport Commission Bancaire, juin 1993, page 6.

937 Sur ces vertus, voir notamment H. ^{ubert} Balaguy , « Le crédit à la consommation en France », éditions Que Sais-je ? page 65 ; rapport du Conseil Economique et Social, précité, pages 49-50.

pu être refusé dans une autre. Il serait difficile dans un tel contexte de définir une politique de crédit homogène. En revanche, insensible aux rumeurs quotidiennes, le crédit-scoring donne invariablement la même décision permettant une politique de sélection des risques homogènes dans le temps et l'espace. De plus, la souplesse qu'il offre, en jouant sur les seuils de sélection du score, peut permettre à l'établissement de crédit de modifier en quelques jours sa politique de sélection des risques tout en mesurant avec exactitude les conséquences en matière de taux de contentieux ou de refus de ces modifications. En effet, chaque client accepté a été noté par le score, la probabilité d'impayé ou de contentieux de chaque client est donc connue. En cumulant ces probabilités sur l'ensemble des encours, la masse totale des impayés ou des contentieux peut être estimée. Ces prévisions permettent, d'une part, de déterminer avec précision les provisions à effectuer, et d'autre part, de mesurer avec finesse les conséquences commerciales (baisse ou augmentation du chiffre d'affaires) ou contentieuses (baisse ou augmentation des impayés) entraînées par la modification des seuils de sélection⁹³⁸. Si bien que, au final, la réunion de ces paramètres (de productivité, d'objectivité de la décision, de gains en termes de coûts de production) ne pouvait qu'améliorer la rentabilité de ces établissements de crédit⁹³⁹. L'efficacité de l'outil, aussi bien en termes de productivité que de maîtrise des risques a d'ailleurs été rappelée par la Commission Bancaire à l'occasion du commentaire mené sur les résultats des établissements de crédit spécialisés dans le financement des particuliers hors immobilier⁹⁴⁰. Selon cette dernière : « le risque encouru est en général bien maîtrisé par les intervenants au moyen de techniques d'analyse statistiques relativement efficaces. La charge du risque se situe souvent à des niveaux très bas, ce qui, conjugué à une bonne maîtrise de l'évolution des frais généraux, permet à ce secteur... d'afficher des rendements de fonds propres sensiblement supérieurs à la moyenne du secteur bancaire »⁹⁴¹. La technique du *scoring* permet ainsi aux établissements de crédit qui la pratiquent de bien maîtriser le risque de crédit.

b./ Maîtrise du risque de crédit.

376. Généralités sur le risque de crédit. Il est effectivement vrai que la distribution du crédit implique une prise de risque, principalement de risque de défaillance de l'emprunteur⁹⁴². Ce risque de crédit peut être plus précisément défini comme le risque qu'une contrepartie soit dans l'impossibilité d'honorer une obligation envers l'institution financière. Or, ce risque est inhérent ou consubstantiel à l'activité de crédit. Reste que ce dernier doit être correctement évalué afin de permettre la survie de l'établissement de

938 Cet atout est pourtant, semble-t-il, sous-utilisé. En ce sens, Patrick SAINT-SEVER, « Les méthodes des scores sont-elles efficaces ? », Revue Banque, n° 475, septembre 1987, page 792.

939 Pour un exemple d'amélioration de la productivité, voir Dominique MONERA, précité, page 803.

940 Commission Bancaire, rapport annuel 1995, page 55.

941 Ces remarques apportent, semble-t-il un début de réponse à l'interrogation suscitée par un auteur qui disait qu'« il serait sans doute instructif d'étudier les performances des banques en fonction du mode de sélection ; une telle étude permettrait de savoir si le recours au crédit-scoring a tendance à améliorer les performances bancaires », Nicolas EBER, précité, page 94.

crédit et le respect de certaines règles prudentielles dont celle du ratio de solvabilité⁹⁴³. En effet, les établissements de crédit sont dans l'obligation d'observer un rapport minimum entre les fonds propres, d'une part, les actifs et les éléments hors bilan, d'autre part, pondérés en fonction du niveau de risque de crédit qu'ils présentent, c'est-à-dire de la qualité de la contrepartie et de la nature de l'opération. Il est exact que pour les autorités réglementaires, les banques ne sont pas des entreprises tout à fait comme les autres car les faillites ne peuvent jouer dans le secteur bancaire le même rôle de régulateur que dans les autres secteurs. Le bon fonctionnement de l'économie suppose en effet un système bancaire stable et sûr. C'est pourquoi, pour garantir la solvabilité de l'ensemble du système financier, les autorités considèrent qu'il convient de protéger les banques des risques démesurés qu'elles pourraient prendre en imposant un ratio minimum de fonds propres⁹⁴⁴. Ce ratio vise, notamment, à la protection des créanciers (plus la banque a de fonds propres, plus elle est capable d'amortir les chocs conjoncturels), et au contrôle des risques (le ratio oblige les banques à procéder à une évaluation de l'ensemble de leurs risques). Dans ce schéma, les méthodes d'analyse du risque de contrepartie que sont les scores participent au respect et à l'amélioration de ce ratio. A l'amélioration, puisque en sélectionnant mieux et plus sûrement, les établissements de crédit diminuent par la même occasion le risque de contrepartie et par voie de conséquence améliorent leur ratio de solidité financière. Au respect, car ces méthodes peuvent également faire partie intégrante du système de surveillance des risques de crédit.

377. Obligation générale de se doter d'un système de mesure des risques. En effet, la réglementation nationale en matière de surveillance du risque édicte un certain nombre de recommandations contraignantes que doivent respecter et mettre en place les établissements de crédit afin de maintenir un niveau de sécurité financière suffisante. A ce titre, le Règlement 97 - 02 du 21 février 1997, relatif au contrôle interne des établissements de crédit oblige⁹⁴⁵ ces derniers à se doter d'un système de contrôle interne des risques encourus. Dans cette optique l'article 17 du Règlement prévoit que : « les établissements de crédit mettent en place des systèmes d'analyse et de mesure des risques de différentes natures auxquelles ces opérations les exposent et notamment les risques de crédit, de marché, de taux d'intérêt global, de règlement et de liquidité »⁹⁴⁶.

378. Obligation de se doter d'un système de surveillance du risque de crédit.

942 En ce sens, voir notamment, Pierre-Yves THORAVAL « La surveillance prudentielle des risques de marché supportés par les établissements de crédit », Revue d'Economie Financière, n° 37, 1996, page 221 ; Comité Consultatif, rapport exercice 1995 - 1996, page 259 ; Conseil National du Crédit, rapport sur le risque de crédit, septembre 1995, page 3 ; Commission Bancaire, rapport pour 1995, études sur le contrôle interne du risque de crédit.

943 Voir sur cette règle, Thierry BONNEAU, « Droit bancaire », édition 2001, n° 259.

944 Sur les composantes des fonds propres, voir Bernard KEIZER, « La gestion des risques dans les banques », Revue d'Economie Financière, n° 27, 1993, page 359.

945 Article 1er : « Les établissements de crédit doivent se doter d'un contrôle interne dans les conditions prévues par le présent règlement ».

Plus spécifiquement, en matière de sélection et de mesure des risques de crédit, l'article 18 impose aux établissements de crédit de se doter d'une procédure de sélection des risques de crédit et d'un système de mesure de ces risques dont l'objectif est, notamment, « d'appréhender différentes catégories de niveau de risque à partir d'informations qualitatives et quantitatives ». Cette disposition doit être mise en relation avec l'article 19 s'agissant de la sélection des risques et de l'article 22 concernant les systèmes de mesure des risques.

379. La sélection par les scores : outil de gestion des risques. Ainsi, selon l'article 19, « ... l'appréciation du risque de crédit doit notamment tenir compte des éléments sur la situation financière du bénéficiaire en particulier sa capacité de remboursement... ». Or, précisément, nous savons que l'objectif des techniques de *scoring* est de donner une mesure de ces capacités de remboursement. Ces méthodes entrent donc parfaitement dans le schéma réglementaire en vue du contrôle de l'exercice de l'activité. Ce même article 19, prévoit également, dans l'optique de gestion des risques que, « Les établissements de crédit constituent des dossiers de crédit destinés à recueillir l'ensemble de ces informations de nature qualitative et quantitative... ». Les notes score doivent sans aucun doute faire partie de ces dossiers, en tant qu'informations de nature quantitative. De même que les informations de toute nature ayant permis leur élaboration. La démarche score, dans sa phase de construction et de mise en oeuvre, correspond donc idéalement aux demandes des autorités de surveillance visant à établir des normes internes de contrôle de la sélection⁹⁴⁷. Mais, il semble que la méthode des scores puisse également avoir un usage tout aussi pertinent en tant que système de mesure des risques tels que prévus à l'article 22 du Règlement.

380. La méthode des scores : outil de mesure des risques de crédit. Il est dit à cette disposition que, « les systèmes de mesure des risques de crédit mis en place doivent notamment permettre d'identifier, de mesurer et d'agrèger le risque qui résulte de l'ensemble des opérations... pour lesquelles l'établissement encourt un risque de défaillance d'une contrepartie ». La maîtrise prudentielle des risques passe ainsi par le regroupement des engagements en masses homogène et par la mise en oeuvre de méthodes de pondération des risques et d'estimation des taux de défaillance permettant de glisser de la mesure des engagements bruts à une estimation des pertes potentielles⁹⁴⁸ (et de comparer entre eux des risques de nature et de niveau différents). A ce titre, le Conseil National du Crédit⁹⁴⁹ a insisté sur la nécessité du contrôle interne des emprunteurs en vue de l'appréciation globale des portefeuilles d'engagement d'un

⁹⁴⁶ Voir sur cette nécessité, notamment, Pierre-Yves THORAVAL, « La surveillance prudentielle des risques de marché supportés par les établissements de crédit », Revue d'Economie Financière, n° 37, 1996, page 221 et suivantes, notamment page 227.

⁹⁴⁷ « La rigueur de la sélection des nouveaux emprunteurs est une condition nécessaire à la constitution d'un portefeuille de qualité », Jacques Fournier, « Méthodologie pour mieux maîtriser le risque du crédit », Revue Banque, n° 565, 1995, page 46, 3e colonne.

⁹⁴⁸ Bernard KEIZER, « La gestion des risques dans les banques », Revue d'Economie Financière, n° 27, 1993, page 354.

⁹⁴⁹ Rapport sur le risque de crédit, septembre 1995, page 51.

établissement de crédit. Ainsi, a-t-il souligné que, « grâce à la notation, la connaissance du risque global de son portefeuille de crédit par un établissement peut être améliorée en croisant et en agrégeant ses encours de crédit... avec des indicateurs de risque par catégorie d'emprunteurs (entreprises ou ménages), par type de crédit et/ou par secteur. L'évolution de la structure du portefeuille de crédit par classe de risque peut ainsi être suivie de manière régulière ». Mais, surtout, le Conseil National rajoutera que, « Les méthodes de crédit-scoring peuvent ainsi se prêter à une interprétation statistique du risque de crédit, dans la mesure où les scores d'octroi et de recouvrement peuvent aussi s'analyser comme des probabilités de défaillance. Dès lors, il devient possible de calculer un encours de crédits pondéré par le risque de défaillance estimé »⁹⁵⁰. Or, précisément, ce risque de défaillance ainsi calculé doit permettre d'améliorer la gestion du risque de crédit par une traduction comptable fidèle et régulière de la qualité du portefeuille.

381. Score et comptabilité bancaire. En effet, lors de l'octroi du crédit chaque client a été noté par le système de *scoring*. A chaque note est donc associé un niveau de risque, autrement dit une probabilité d'impayé. Aussi, en cumulant les probabilités d'impayés ainsi calculés sur l'ensemble des encours de crédit, la masse totale des impayés ou des contentieux peut également être estimée⁹⁵¹. Ces prévisions devraient ainsi permettre d'adopter une politique de provisionnement adaptée. Or, envisagée de telle façon la technique des scores est susceptible de répondre parfaitement aux normes relatives au traitement comptable du risque de crédit⁹⁵².

382. Principes comptables. En effet, le Règlement du Comité de la réglementation comptable du 12 décembre 2002 qui définit en son article 2 la notion de risque de crédit comme, « l'existence d'une perte potentielle liée à une possibilité de défaillance de la contrepartie pour les engagements qu'elle a souscrit », prévoit en son article 5 que « De façon permanente, les procédures internes de l'établissement définies à l'article 21 du 97 - 02 doivent permettre d'identifier et de suivre les engagements douteux ». Les encours douteux étant ceux qui, « lorsque la situation d'une contrepartie présente des caractéristiques telles... qu'on peut conclure à l'existence d'un risque avéré. Il en est ainsi notamment lorsque l'établissement a connaissance de la situation financière dégradée de cette contrepartie, se traduisant par un risque de non-recouvrement »⁹⁵³.

383. Le traitement des créances douteuses par des méthodes statistiques type

⁹⁵⁰ Sur la gestion des risques par les scores, voir Bernard KEIZER, précité, tableau synthétique page 358.

⁹⁵¹ Patrick SAINT-SEVER, « Les méthodes des scores sont-elles efficaces ? », Revue Banque, n° 475, 1987, page 792, 2e colonne. Dans le même sens, voir Bulletin de la Commission Bancaire, n° 18, avril 1998, point 1.2.3. : « L'estimation du taux moyen de perte ». « Grâce à l'utilisation de plusieurs bases de données (SCR, Fiben, Centrale des bilans, agences de notation...) et des outils appropriés (... score individuel), il est possible de déterminer pour chaque entreprise une probabilité de défaillance en fonction de plusieurs critères (... cotation Banque de France, score...), sur un horizon de trois années. Rapportée aux engagements, une perte probable pour chaque contrepartie peut donc être calculée ».

⁹⁵² Règlement du Comité de la réglementation comptable, n° 2002 - 03, du 12 décembre 2002, relatif au traitement comptable du risque de crédit dans les entreprises relevant du Comité de la réglementation bancaire et financière.

⁹⁵³ Article 3 du Règlement CRC n° 2002 - 03.

score. L'article 5 du Règlement permet ainsi aux établissements de crédit gérant un volume important de crédit de faible montant présentant des caractéristiques communes, d'identifier les créances douteuses ou compromises sur la base de « procédures de traitement statistique ». Sont ici particulièrement visés les crédits à la consommation distribués en masse à une clientèle relativement homogène. Or, on sait que la procédure de sélection est fondée sur l'usage des scores. Ces derniers peuvent donc constituer une « procédure de traitement statistique » d'identification des risques dont doivent se doter les établissements de crédit⁹⁵⁴. Les règles ainsi établies rejoignent celles du Règlement 97 - 02 précité. Cela doit se traduire, au plan comptable, par une politique d'approvisionnement judicieuse⁹⁵⁵.

384. Scores et politique de provisionnement. De façon générale, c'est-à-dire quelle que soit la nature de l'encours de crédit, l'article 13 du Règlement du Comité de la réglementation bancaire n° 2002 - 03 dispose que « l'établissement assujéti constitue les provisions permettant de couvrir... l'ensemble de ses pertes prévisionnelles au titre des encours douteux ou douteux compromis ». Ces pertes prévisionnelles étant déterminées, notamment, par référence à la situation financière de la contrepartie que les scores donnent⁹⁵⁶. Plus spécifiquement encore l'article 14 prévoit, pour les crédits de faible montant et aux caractéristiques proches, que l'étude contrepartie par contrepartie peut être remplacée par une estimation statistique des pertes prévisionnelles qui doit permettre de valider les approvisionnements pratiqués⁹⁵⁷. C'est d'ailleurs là une logique déjà intégrée par certains établissements de crédit. En effet, selon Monsieur Alain CONTESSE⁹⁵⁸, « pour l'inspection engagements, l'outil de surveillance trimestrielle est l'état de détection et de provisionnement des risques. Cet état remplit deux fonctions : il relève les engagements *a priori* risqués et permet d'effectuer le provisionnement des créances considérées comme douteuses [...]. Les critères apparaissant sur cet état...vont faire

⁹⁵⁴ Selon le chapitre 2 du Règlement 2002 - 03 intitulé système d'information, « A des fins de gestion et de conformité avec ses obligations prudentielles, l'établissement dispose de systèmes d'information internes permettant d'évaluer par contrepartie ou catégories de contrepartie le niveau de risque qu'il assume ».

⁹⁵⁵ Dit provisionnement dynamique. Ce dernier découle directement de la réflexion menée par le Conseil National du Crédit dans son rapport sur le risque de crédit précité et qui préconisait un provisionnement *ex ante*, c'est-à-dire avant la survenance du risque, plutôt qu'un provisionnement *ex post*. Voir sur ce point, le rapport page 24 et suivantes et page 261 et suivantes. La philosophie d'un tel provisionnement est fondée, « sur la constatation que tous les crédits sont porteurs dès leur octroi d'un risque de crédit statistiquement mesurable et sur l'idée qu'il est important que ce risque réel soit reconnu aussitôt que possible dans les bilans et dans les résultats des banques », Bulletin de la Commission bancaire, n° 28, avril 2003, page 10. Voir aussi dans ce sens, Claude GINIER, « Intégrer le risque de crédit dans la mesure de la performance des agences », Revue Banque, n° 574, 1996, page 54.

⁹⁵⁶ Voir en ce sens, Jean-Bernard CAEN, « Les banques doivent valoriser leurs expertises », Revue Banque, n° 597, 1998, page 55, 3e colonne.

⁹⁵⁷ Il est également prévu au chapitre 3 une « information sur le stock de provisions constituées de façon statistique sur la base de portefeuilles homogènes de créances de petits montants ».

⁹⁵⁸ Bred Banques Populaires. « La maîtrise du risque de crédit sur le terrain », Revue Banque, n° 576, 1996, page 25, 1e colonne.

intervenir des ratios d'analyse financière, des cotes BDF, des scores, etc. ».

385. Scores et perspective. C'est évidemment là une logique qui ne pourra que s'accentuer dans l'avenir, notamment au regard des travaux du Comité de Bâle qui favorise explicitement l'usage de procédures de notation interne dans la gestion des risques de crédit⁹⁵⁹. Or, d'après certains auteurs⁹⁶⁰, « Les modalités de construction d'un score permettent sans difficulté d'intégrer la logique réglementaire dès l'amont : en effet, les différents paramètres réglementaires (probabilité de défaut...) sont des jalons naturels de la construction du score. Ainsi, une fois construit et mis en production, le score répond *ipso facto* aux exigences de la réglementation. ». Si l'on considère les objectifs et les recommandations de Bâle II, ainsi que la capacité de la technique des scores à satisfaire ces derniers, il y a fort à penser que cette méthode trouvera, dans un futur proche, une place de tout premier ordre chez les établissements de crédit. La remarque est d'autant plus pertinente que cette technique trouve déjà un intérêt certain au plan organisationnel et commercial.

2° L'intérêt du crédit-scoring au plan économique et commercial.

386. Forte capacité sélective. Même si elle n'est pas sûre à 100%⁹⁶¹, celle-ci a une capacité de prédiction de l'ordre du dix millième⁹⁶², ce qui permet de dire que la sélection se fait avec un degré de quasi-certitude⁹⁶³. L'avantage de la technique se retrouve alors naturellement dans la protection des intérêts internes de l'établissement de crédit. En effet, l'efficacité se mesure aussi bien en gains de temps, de productivité et de rentabilité, sachant que ces paramètres sont interdépendants. En premier lieu, il est bien évident que

⁹⁵⁹ Voir en ce sens, Emmanuel dresse, « La prise en compte des systèmes de notation interne par le Comité de Bâle : quels impacts opérationnels pour les banques ? », *Revue Banque magazine*, n° 639, 2002, page 58 et suivantes ; Marie-Laure Delarue, « Les principes acquis et les discussions en cours », *Revue Banque magazine*, n° 632, 2002, page 20 et suivantes ; Nicolas SALMON, « Un ratio innovant, une mise en oeuvre contestée », *Revue Banque magazine*, n° 632, 2002, page 24 et suivantes, notamment page 24, 2nd colonne ; Scott BUGIE, « La réponse à Bâle II », *Revue Banque magazine*, n° 632, 2002, page 28 et suivantes ; Maria FADUL et Jean-Christophe MIESZALA, « Le nouveau ratio de solvabilité conditionne l'avenir du marché bancaire », *Revue Banque magazine*, n°632, 2002, page 34 et suivantes. Nous devons faire cependant remarquer que la notation interne ne sera sans doute pas la seule voie de notation du risque de crédit. En effet, si l'on s'en réfère à la position de la Banque de France, la notation Banque de France représente un indicateur de la qualité des portefeuilles bancaires qui doit permettre de faciliter le contrôle de la Commission bancaire. Ce n'est donc pas un hasard si dans le cadre de la réforme du ratio de solvabilité (ratio McDonough qui devra, en 2005, remplacer le ratio Cooke), la direction des entreprises de la Banque de France a mis en oeuvre un système de notation « compatible avec les nouveaux principes du Comité de Bâle », *Bulletin de la Banque de France*, n° 112, avril 2003, page 32. Sur la nouvelle notation, voir *supra* n° 61 et suivants, notamment n° 64.

⁹⁶⁰ Antoine FRACHOT et Pierre Georges, « Avantage au *scoring* face au système expert », *Revue Banque magazine*, n° 627, 2001, page 45 et suivantes, notamment page 47.

⁹⁶¹ En ce sens, V. Mouray, *Marketing Direct*, n° 3, avril 1995, page 25.

⁹⁶² Bernard DROT, précité.

⁹⁶³ Dans le même sens, voir rapport ASF pour 1998.

le crédit-scoring réduit considérablement les délais de réponse pour les demandes de prêts. Cela implique des économies (de temps, d'argent et d'énergie) pour la banque et pour le prescripteur. En effet, l'automatisation de la décision et de l'analyse du dossier permet une rapidité d'exécution incomparable. Si bien qu'en pratique la décision d'octroi ou de refus ne prend guère que le temps qu'il faut pour remplir le dossier (voire moins en cas de clients connus), c'est-à-dire une quinzaine de minutes tout au plus. Cet objectif est totalement impossible à atteindre dans la démarche traditionnelle, quel que soit le produit proposé. En second lieu, le fonctionnement des systèmes de crédit-scoring n'est pas très coûteux. Le coût d'utilisation d'un modèle de crédit-scoring est environ de 1, 50 à 12 euros par prêt, en fonction de la taille du prêt⁹⁶⁴. En troisième lieu, le crédit-scoring tend à améliorer l'objectivité de la procédure de sélection, ainsi que l'uniformité de la décision quel que soit le point de vente. Cette objectivité est assurée par le fait que tous les demandeurs se voient appliquer les mêmes critères, indépendamment de leur race, de leur sexe ou d'autres facteurs qui ne devraient pas entrer en ligne de compte dans la décision de crédit. En effet, une fois les critères du score déterminés et quantifiés grâce à l'analyse discriminante, la probabilité de défaillance ou du risque apparaît à l'écran sans que l'intervention humaine puisse la modifier étant donné que le système est sécurisé sur ce point (c'est-à-dire que le cœur du système n'est pas accessible pour l'employé, et fonctionne alors comme une boîte noire). Une fois que l'établissement de crédit aura défini un score-seuil fondé sur le niveau de risque qu'il est disposé à accepter, le prêt sera accordé si le score des demandeurs est supérieur au seuil, et refusé lorsque le score est inférieur à ce seuil. Si l'on s'en tient rigoureusement au modèle l'intervention humaine ne doit donc pas intervenir dans la décision assurant ainsi toute son objectivité au système.

387. Renouveau de l'organisation interne. La simplicité d'utilisation du crédit-scoring, sa rapidité ainsi que sa pertinence, ont entraîné une répartition différente des tâches de travail. Pour la plupart des dossiers, le score autorisant la délégation des décisions à un personnel beaucoup moins qualifié, et moins coûteux, que le personnel capable de mener à terme le processus traditionnel de décision, les étapes administratives sont très raccourcies. Ainsi, par exemple, au-dessus d'une certaine note, et d'un certain montant de prêt, l'accord pourra être donné immédiatement par la personne qui instruit le dossier. En deçà de cette note d'acceptation immédiate, et au-dessus d'une note de refus, le chargé de gestion devra passer par une analyse traditionnelle du dossier, tandis qu'en zone rouge, note faible, le dossier devra remonter à la hiérarchie qui sera alors seule habilitée à prendre la décision. On le voit donc, suivant le seuil d'acceptation immédiatement fixé par les décideurs de la politique des risques, un plus ou moins large niveau d'autonomie pourra être laissé aux chargés de gestion, améliorant par la même occasion la productivité. Le pinacle de cette dernière étant atteint quand la délégation est située dans les magasins ou chez les concessionnaires ; une partie du travail commercial et administratif est alors déléguée directement aux distributeurs. On l'aura compris, il n'est alors pas étonnant de voir des sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation adopter unanimement ce système de sélection qui est parfaitement adapté à ce type de distribution du crédit. En effet, en mode

964 Voir N. EBER, précité, page 88.
icolas

de distribution prescription, dans le cadre d'une procédure de sélection traditionnelle, en aucun cas le prescripteur, à la différence d'un exploitant bancaire, ne peut prendre la décision. Il n'y a alors que deux solutions, soit une réponse avec délai après traitement du dossier en agence, soit une réponse sans délai grâce à une procédure automatisée. Or, dans un contexte de forte concurrence la dernière solution s'impose. C'est sans doute là une des raisons du succès de la technique chez les sociétés spécialisées. Mais l'introduction du crédit-scoring dans la sélection de la clientèle ne risque-t-elle pas de poser quelques problèmes d'ordre humain ?

388. Problèmes humains. Selon les personnes confrontées de près ou de loin à cet outil, les problèmes humains peuvent prendre différentes formes, mais ne sont pour autant ni négligeables ni inévitables. La première question qui sera associée au crédit-scoring provient de ses utilisateurs directs et consistera à se demander si l'outil ne va pas supprimer leur emploi. Il est difficile de penser que l'introduction de la technique n'engendre pas une baisse des effectifs ou du moins un ralentissement de la création d'emplois. En effet, les avantages que nous avons énumérés, de temps notamment, autorisent à penser que l'emploi devrait en souffrir, la part de l'étude traditionnelle étant en effet diminuée d'autant. Si pour certains la réponse est négative⁹⁶⁵, voire éludée⁹⁶⁶, il est en revanche certain que le crédit-scoring changera les façons de procéder des chargés de gestion, notamment quant à la familiarisation avec l'outil informatique. Cependant, c'est bien plus dans le sens d'une amélioration des conditions de travail que d'une aggravation de celles-ci que se fera l'introduction de la technique. Le crédit-scoring allège et simplifie le plus souvent le travail, libère du temps pour l'étude des cas les plus difficiles. Ce qui fait, qu'en règle générale, la réception de l'outil chez les utilisateurs est plutôt bonne, surtout si sa mise en place n'a pas lieu de façon brutale, mais progressivement et en respectant les niveaux de compétence informatique des employés. La formation joue à cet égard un rôle important notamment en ce qui concerne l'appréhension de la technique. Il faut en effet éviter une trop grande confiance des employés dans le système score, ces derniers ayant alors tendance à appliquer systématiquement la décision sortie de l'ordinateur⁹⁶⁷. Mises à part ces quelques difficultés d'introduction, le crédit-scoring améliore sans conteste l'acte de distribution de crédit. Plus simple d'utilisation que les techniques traditionnelles, plus rapide, il doit également améliorer, dans une certaine mesure, la relation avec la clientèle.

389. L'avantage commercial est certain puisque le client obtient une réponse beaucoup plus rapide et sans faire subir au sollicitant « un interrogatoire parfois mal accepté par le client »⁹⁶⁸. Cet avantage commercial peut se retrouver dans la mise en oeuvre de la politique de cautionnement. En effet, le cautionnement peut être perçu comme anti-commercial dans la mesure où le demandeur est, en général, réticent à

965 Fabrice MOLY, précité, page 47.

966 Jean-Louis COQUEREL, « Notre nouvelle organisation délègue plus de pouvoirs au réseau », Revue Banque, n° 570, mai 1996, page 67.

967 Fabrice MOLY, précité, page 47. On verra dans notre seconde partie les problèmes relatifs à ce risque, *infra* n° 514, 515, 957, 970, 992, 1000, 1002, et n°1180.

fournir une caution. Le score permet justement d'accepter sans caution les dossiers sans problème et faire intervenir une caution sur les dossiers plus risqués, réduisant ainsi le coût associé à la mise en place de cette garantie. Le panel des avantages de la technique du crédit-scoring pour les établissements de crédit explique son large succès, notamment chez les sociétés spécialisées, celles-ci ayant trouvé là un outil parfaitement adapté à leur mode de distribution du crédit (prescription). A ces avantages purement internes à l'établissement de crédit, il peut être ajouté un avantage pour les consommateurs et par prolongement pour l'intérêt général. En effet, l'efficacité de ce mode de sélection doit permettre une meilleure protection des intérêts de l'individu en termes d'endettement et de lutte contre le surendettement véritable fléau social. Cependant, cette technique, si performante soit-elle, n'est pas exempte de critiques qui tiennent principalement à la pertinence des critères retenus et à la qualité de l'information.

B Les limites du crédit-scoring.

390. Plan. Les critiques que la technique a subies sont nombreuses ; les précautions à prendre le sont tout autant. Manque d'approche individuelle, absence de fiabilité des informations recueillies lors du montage du dossier et mise à jour des fichiers, vieillissement des critères discriminants établis à un moment donné, contournements et manipulations des critères pour emporter le choix (1°). Ceci ne peut que nous inciter à envisager les perspectives d'amélioration des scores, voire les mécanismes de substitution (2°).

1° Critiques du système.

391. Pertinence du choix des critères. Une première série de critiques apportée à la technique est liée aux critères qui sont utilisés dans le traitement score. En premier lieu, il est vrai que la pertinence de la méthode du crédit-scoring peut être diminuée, en ce qu'elle ne prend pas en considération les critères dits « subjectifs », tels que personnalité du demandeur de crédit, sa moralité ou son honorabilité, en somme ce que nous avons précédemment désigné sous l'expression synthétique du « vouloir payer ». En effet, la technique du crédit-scoring ne dit rien sur la valeur de l'engagement de l'emprunteur, son mode de vie, sa volonté de remplir ses engagements, en un mot la confiance qu'il dégage et celle qu'on peut lui accorder. On le sait, faire crédit c'est faire confiance, c'est être en situation de se fier à quelqu'un, d'avoir foi en la personne. Il est vrai qu'il faut des éléments objectifs et rationnels dans la prise de décision afin de ne pas tomber dans la crédulité, cette dernière deviendrait très vite dangereuse dans cette activité « pas comme les autres » qu'est la distribution du crédit. Or, le crédit-scoring s'il introduit parfaitement cette dose d'objectivité, est totalement inapte, à lui seul, à quantifier les traits subjectifs d'une personne, que seul le flair ou le savoir-faire du banquier peut appréhender⁹⁶⁹. Ceci

968 Voir, Patrick SAINT-SEVER, précité, page 792. L'observation est à prendre toutefois avec mesure, car le questionnaire qui sert de base au crédit-scoring ressemble parfois à un interrogatoire qui peut également être jugé indiscret par le demandeur.

969 En ce sens, voir Michel GAUDIN, « Quel(s) crédit (s) accorder aux particuliers ? », Revue Banque, n° 597, novembre 1998, pages 81-82.

devrait nous amener à considérer que l'approche type *scoring* ne pourrait en aucun cas être employée comme seul élément de la décision. Pourtant, la pratique démontre au contraire que, bien souvent, la décision devient automatique en cas de note score élevée ou très faible. Dans ces derniers cas l'intervention humaine est totalement absente si bien qu'on pourrait se demander si le contrat de crédit est toujours un acte marqué par *l'intuitus personae*⁹⁷⁰. Le manque d'intervention humaine peut paraître encore plus gênant, cette fois-ci sur le plan pratique, en ce que la technique des scores trouve également une limite dans l'incapacité à intégrer des critères imprévisibles. En effet, des données telles que le risque de chômage, de divorce ou de maladie ne peuvent être pris en compte dans cette technique. Même s'il est vrai que la prise en compte de la qualité de fonctionnaire, par exemple, intègre dans une certaine mesure le risque de chômage. Reste que tout le monde n'est pas fonctionnaire et que même si certains secteurs peuvent être jugés à risques et pondérés différemment, dans la plupart des cas ce risque sera très difficile à quantifier. Le risque de divorce et de maladie étant, quant à lui, totalement aléatoire et imprévisible, il n'est pas étonnant que le crédit-scoring ne puisse l'intégrer. Il est cependant indéniable, que cette critique n'est pas propre à ces techniques et que les techniques traditionnelles ne sont pas mieux à même de détecter ce genre d'événements. Si sur ce dernier point la technique du crédit-scoring est sur un pied d'égalité avec les méthodes traditionnelles, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de prendre en considération la complexité de certaines situations. Autrement dit, le crédit-scoring opère parfois des simplifications abusives. A cet égard, on cite souvent comme exemple le critère de l'ancienneté dans l'emploi⁹⁷¹. On a vu que généralement les systèmes de *scoring* accordés énormément d'importance à la stabilité, notamment dans l'emploi, par la prise en compte de l'ancienneté. Or, parfois, ne vaut-il pas mieux avoir à faire à un cadre qui a su tous les trois ou cinq ans changer d'entreprise et qui s'adaptera en cas de licenciement, plutôt qu'à un salarié très ancien pour qui le moindre changement serait un traumatisme insurmontable ? On pourrait d'ailleurs multiplier les exemples concernant cette stigmatisation excessive des situations. Ainsi, un jeune de 20 ans, n'est pas forcément et systématiquement moins apte à rembourser un crédit qu'un quinquagénaire vivant dans l'opulence. De même qu'un divorcé n'est pas automatiquement un mauvais payeur de ce seul fait. Or, la technique du crédit-scoring pondère négativement l'existence de ces critères chez le demandeur, ce qui peut apparaître comme beaucoup trop radical et rudimentaire. En effet, l'aptitude à gérer son budget, la capacité ou la volonté de payer, le sens de l'économie, éléments de la personnalité et de la compétence d'un individu, sont passés sous silence par les méthodes des scores. C'est là un grand défaut de cette technique par rapport aux autres techniques traditionnelles en ce qu'elle procède d'une vision réductrice de l'individu. On peut même dire que le propre de cette technique est de nier l'homme dans son individualité en l'assimilant au groupe duquel il se rapproche le plus. Elle opère, pour ainsi dire, une catégorisation des individus sans prendre en considération les qualités intrinsèques de chacun. D'ailleurs, cette catégorisation par une

⁹⁷⁰ Sur cette question voir *infra* n° 1176 et suivants.

⁹⁷¹ Voir, Le Monde, précité, page 3 ; Jean-Pierre DUFOIX et G. De Ponbriand, précité, page 45 ; Jean-Paul Laurent, Revue d'Economie Financière, n° 32, 1995, page 156, note n° 15.

conceptualisation abusive oblige à opérer un suivi régulier des critères pris en compte pour discriminer les demandeurs. Dans cette optique, les états statistiques doivent être édictés régulièrement afin de suivre l'évolution du profil de la demande, l'efficacité du score et l'exactitude des prévisions. En effet, par l'influence de la promotion réalisée par l'établissement de crédit, par de nouveaux accords passés avec les distributeurs ou par l'évolution naturelle du comportement des consommateurs, le profil de la clientèle peut changer et certains critères de risques peuvent voir leur importance se modifier. C'est ainsi qu'aujourd'hui, la stabilité de l'emploi ne constitue plus la panacée, le changement fréquent d'emploi ne voulant pas nécessairement dire baisse automatique des revenus. Le crédit-scoring devrait donc adopter une pondération moins sévère pour ceux dont l'ancienneté dans l'emploi est faible. C'est plutôt l'ancienneté dans les différents emplois qui devrait alors être prise en considération. Si cet effort d'actualisation n'est pas réalisé, le système risque fort de voir sa pertinence mise à mal. Il en sera de même d'ailleurs si le dossier ou le questionnaire servant de base à sa mise en oeuvre n'est pas correctement établi.

392. Qualité de l'information utilisée. C'est là une seconde série de critiques adressée à la méthode de score. En effet, l'efficacité du système dépend très largement de la qualité des informations transmises par l'agent qui remplit le dossier de crédit. Or, de ce point de vue, la qualité de l'information peut être altérée de deux façons. D'une part, il est possible, nous l'avons vu ⁹⁷², que le demandeur de crédit soucieux d'obtenir le crédit transmette de fausses informations sur sa situation réelle. Le plus souvent ce dernier minimisera l'état de ses charges réelles en dissimulant l'existence d'autres crédits ou d'une pension alimentaire à payer. En l'absence d'incidents de paiement déclarés cette catégorie d'emprunteur ne sera recensée dans aucun fichier, la France ayant rejeté l'idée d'un fichier positif ⁹⁷³. Le demandeur pourrait même fournir de fausses déclarations sur la perception de revenus en augmentant par exemple le salaire perçu ou les prestations sociales reçues. Il est vrai cependant que de telles déclarations seront facilement vérifiables par une demande de présentation des bulletins de salaires ⁹⁷⁴, diligence qui, l'informatique aidant, pourrait être contrariée par la fourniture de faux bulletins de salaires ⁹⁷⁵. On comprend aisément, dans ce contexte de mauvaise foi que la pertinence du crédit-scoring soit totalement mise en échec. D'autre part, ce risque est d'autant plus vrai que c'est parfois l'agent chargé de recueillir les informations qui est à l'origine des fausses déclarations ou des déclarations incomplètes. Cette situation se rencontre beaucoup plus souvent lorsque la distribution du crédit a lieu par la prescription. Ce mode de distribution posera un problème de transmission de l'information, connu en théorie économique sous

972 Bernard DROT, CETELEM, précité.

973 Voir *supra* n° 101 et suivants.

974 Et encore, certaines sociétés spécialisées dans le crédit à la consommation n'hésitent pas à avancer comme argument de vente la dispense d'envoi des justificatifs de salaires. Offre crédit permanent « formule libravou » de COFIDIS.

975 Selon Bernard DROT, directeur au CETELEM, ses services ont eu à détecter une vaste organisation frauduleuse de fourniture de faux salaires en vue de l'obtention de crédit.

l'appellation : « relation principal - agent ». Celle-ci est une relation contractuelle dans laquelle une ou plusieurs personnes, les mandants (*principals* en anglais), engagent une ou plusieurs autres personnes, les mandataires (*agents* en anglais) en vue de contracter pour le compte d'une ou plusieurs activités dont l'exercice implique nécessairement qu'on leur délègue un pouvoir de décision. Dans ce cadre, le comportement des mandataires (prescripteurs) peut les conduire à agir en maximisant leurs propres intérêts au détriment du mandant (la société spécialisée), d'où un risque de fonctionnement du crédit-scoring sur des informations qui ne sont pas totalement sincères. En effet, le prescripteur, qui est également le vendeur du bien de consommation, a tout autant intérêt que le client à voir le crédit accordé, puisque l'octroi du crédit permettra la vente du bien. Le crédit ne sera qu'un argument de vente qui sera accordé sans discernement. Les prescripteurs, à force d'utiliser le système score, finissent alors par en comprendre le fonctionnement et connaissent les données discriminantes auxquelles le système attribue un caractère négatif. A partir de là, ils peuvent facilement tricher sur les informations à introduire dans le dossier⁹⁷⁶. Bien évidemment, l'établissement de crédit peut, s'il constate de fortes différences entre les prescripteurs, opérer des missions de contrôle et éventuellement retirer l'agrément au distributeur⁹⁷⁷, voire modifier les paramètres du score en fonction des commerçants. Une pondération différente peut ainsi être faite selon la qualité des dossiers transmis par les prescripteurs. Ceux qui désirent vendre à tout prix et sans discernement verront donc chaque dossier de client affecté d'une note négative. La CNIL⁹⁷⁸ a souligné « que le score de crédit obtenu par une personne peut dépendre de paramètres qui ne sont pas directement liés à sa solvabilité », ce qui établit une discrimination regrettable selon le lieu d'achat du bien, ajoutant un travers supplémentaire au système de *scoring*. A cette altération de la pertinence du score liée, il faut le dire, à des considérations extrinsèques au système de *scoring*, puisque celles-ci sont le fait des personnes manipulant le système, on peut ajouter les cas dits de « forçages » du score qui tiennent également aux hommes manipulant la technique.

393. Problèmes liés au mode d'utilisation du système On parle de « forçage » du score lorsque l'agent chargé de l'octroi du crédit prend une décision contraire à celle préconisée par le score⁹⁷⁹. Dans ce schéma, alors même qu'une décision objective aurait amené un refus du crédit, la décision sera prise d'accorder ce dernier contre l'avis du score. Force est donc d'admettre que l'intérêt du système de crédit-scoring est diminué du fait que le résultat qu'il apporte peut être contourné par le chargé de clientèle. On verra donc une sélection des demandeurs différente selon le degré de liberté que s'octroiera l'agent, alors même que l'un des atouts du crédit-scoring et l'uniformisation de la décision

976 Jean-Pierre DUFOIX et G^{aël} De Ponbriand, précité, page 44.

977 Sur ce point, voir Jean-François GOUX, précité, pages 4 et 10.

978 Cinquième rapport de la CNIL, page 33.

979 Voir sur ce point, Comité Consultatif, rapport du groupe de travail sur l'endettement et le surendettement des ménages, juillet 89, pages 214, 216 ; Patrick GATTI, « L'introduction des techniques statistiques de score dans une activité bancaire », Revue Banque Stratégie, n° 106, juin 1994, page 21.

quel que soit le point de vente. Le risque étant au surplus, par ce « forçage », surtout s'il s'exerce dans les notes les plus négatives, que les incidents de paiement se révèlent supérieurs aux cas de respect de la procédure. Si certains établissements de crédit admettent un droit à l'erreur de la part du chargé de clientèle, c'est à la condition de respecter les règles en vigueur au sein de l'institution⁹⁸⁰. On pourrait donc imaginer des sanctions possibles pour l'employé en cas de « forçages » injustifiés trop nombreux. Mais, une telle possibilité n'est envisageable que pour les notes extrêmes du *scoring*, seules à offrir une capacité discriminante importante. En effet, en cas d'obtention d'un trop faible nombre de points, les chances sont fortes pour que les crédits comportent des incidents de paiement. A l'inverse, un nombre de points élevés préjuge d'une capacité de remboursement forte. En revanche, le doute subsiste pour les notes intermédiaires, celles qui ne discriminent pas franchement les demandeurs, c'est-à-dire celles qui ne placent pas de façon bien déterminée l'individu parmi les bons ou les mauvais risques.

394. Zone incertaine du *scoring*. C'est là la principale limite du système de crédit-scoring, puisqu'en effet, dans ce cas, il est impossible de préconiser une solution. Il sera alors impossible pour l'agent d'avaliser, en termes d'octroi ou de refus, le résultat sorti de la machine. L'intervention humaine est alors nécessaire pour prendre la décision. La méthode traditionnelle prendra dans ces tranches indécises du score le relais. Le crédit-scoring deviendra alors un simple élément d'aide à la décision et non plus agent de décision comme pour les notes extrêmes.

395. Conclusion : un système adapté aux crédits traités en masse. L'imprécision du score pour certaines tranches de risque (sans doute pas les moins nombreuses), la conceptualisation abusive qu'il opère, la forte dépendance de la richesse et de la qualité des informations lui servant de base, soulèvent la question de la réelle utilité du système. Il faut, semble-t-il, voir uniquement dans le système du crédit-scoring un outil parfaitement adapté au traitement de masse, car il permet d'isoler dans des populations homogènes, rapidement et pour un coût insignifiant, une majorité de prêts présentant un risque faible ou au contraire un risque très élevé. Ce système est adapté au traitement de masse, et plus précisément au crédit à la consommation à court terme ; car là encore, la durée du crédit est un obstacle à la pertinence du score. En effet, outre le fait que l'obtention des données discriminantes est plus délicate à obtenir, le crédit immobilier pouvant s'étaler sur vingt ans, il faut attendre la fin du prêt pour connaître les variables discriminantes, le crédit-scoring prenant surtout en considération des critères de stabilité (dans l'emploi, dans le logement etc.) il est beaucoup plus difficile de prévoir la stabilité de ces critères sur une longue période. Ainsi, à titre d'exemple, s'il y a peu de chances que l'individu perde son emploi dans les deux ans, le risque est considérablement augmenté sur une période de vingt ans, et également beaucoup plus difficile et aléatoire à mesurer lors de la décision d'octroi ou de refus. Il en va de même de la stabilité dans le logement, dans la situation familiale (nombre d'enfants notamment). C'est pourquoi, la technique du crédit-scoring voit son application actuellement concentrée dans le domaine du crédit à la consommation et plus rarement dans le domaine des crédits immobiliers. Mais pour pallier cette lacune, les établissements de crédit ont développé d'autres instruments d'analyse

980 Propos de Jean-Louis COQUEREL, précité, « La responsabilité découlant du principe d'autonomie implique un droit à l'erreur, pour autant que les règles en vigueur au sein du CIC Paris aient été respectées », page 67.

du risque, qui, couplés, au crédit-scoring pourraient bien finir de déshumaniser la relation de crédit.

2° Compléments envisageables du crédit-scoring.

396. Plan. L'innovation est à rechercher dans deux directions. D'une part, pour l'amélioration de la capacité prédictive des scores, par l'appel à l'intelligence artificielle, et d'autre part, par référence aux systèmes experts qui permettront d'apporter un complément, voire un substitut, à la technique du crédit-scoring.

397. L'intelligence artificielle. Celle-ci devrait permettre d'apporter la mise en oeuvre d'un apprentissage conduisant à améliorer la connaissance avec le temps. Globalement, le score pourrait être amélioré par une construction fondée sur un réseau de neurones. Techniquement, le réseau, dont l'architecture est calquée sur celle du cerveau organisé en neurones et synapses, prend la forme d'un ensemble de nœuds fortement connectés entre eux (à l'image du cerveau humain). Son apprentissage s'effectue à partir d'un échantillon d'une base de données (comme les scores) ; les exemples qui lui sont présentés permettent d'ajuster les points des connexions entre les nœuds. Après la phase d'apprentissage, le réseau forme une fonction complexe (un modèle), c'est-à-dire de la connaissance, structurée de manière à pouvoir qualifier des exemples qui ne lui ont jamais été présentés. L'emploi de ces réseaux de neurones pour la prévision des comportements à partir d'un ensemble de variables (qui ont été vues lors de l'étude des critères du score) peut contribuer sensiblement à l'amélioration des prédictions par rapport aux méthodes classiques de construction des scores⁹⁸¹. Cependant, un obstacle demeure, c'est que cette technique, aboutissant à l'élaboration du score fonctionne comme les « boîtes noires », c'est-à-dire qu'on ne peut contrôler le raisonnement qu'elle a utilisé. En effet, fonctionnant comme un cerveau humain, le système neuronal adopte des réactions différentes suivant les situations qui lui sont présentées comme le ferait un être humain. En somme, le système aboutira à l'élaboration du score mais on ne connaîtra pas le *modus operandi*, le raisonnement adopté pour arriver à ce résultat. Il est alors nécessaire, pour connaître ce raisonnement, d'utiliser des programmes permettant de le retracer. Il a donc fallu compléter l'approche score par réseau neuronale par une approche associant des algorithmes génétiques. Ces derniers en fouillant des bases de données, permettent de mettre en évidence les relations statistiquement significatives entre les variables⁹⁸² et de les traduire sous forme de règles conditionnelles⁹⁸³ aisément utilisables pour la prédiction. Ainsi, dans le cas d'une attribution de prêts, l'algorithme génétique aura permis de sélectionner des règles de comportement à la fois précises et statistiquement significatives. L'avantage de ce dernier type d'intelligence artificielle est qu'elle permet, par opposition au réseau de neurones, la transparence de la

981 Voir pour plus de précision, Patrick CANARELLI et Hélène IVANOFF, « Intelligence artificielle et scoring bancaire », Revue Banque, n° 577, janvier 1997, page 75 et suivantes.

982 Reproduisant les mécanismes de sélection naturelle, les algorithmes considèrent une population de solutions possibles d'un problème donné. Les individus-solutions les mieux adaptés sont sélectionnés, croisés pour mettre au final à jour les solutions les plus performantes pour le problème donné.

connaissance, c'est-à-dire la possibilité de vérifier *a posteriori* la pertinence du résultat. Néanmoins, aussi séduisante soit l'utilisation de l'intelligence artificielle dans l'amélioration des techniques de crédit-scoring ou de la connaissance des bons ou mauvais clients, force est d'avouer que celle-ci ne constitue, pour l'heure, qu'une perspective d'avenir et ce pour au moins deux raisons. D'une part, les promoteurs de l'intelligence artificielle ont beaucoup trop promis par rapport aux capacités qu'elle permettait à l'époque, ce qui a développé un sentiment de réticence chez les potentiels utilisateurs du monde bancaire. D'autre part, et surtout, un autre type d'approche⁹⁸⁴, les systèmes experts, a séduit davantage par les résultats qu'il apportait.

398. Système expert et scoring. Fondamentalement, l'approche de la sélection par système expert est radicalement opposée à l'approche par l'intelligence artificielle, puisqu'il s'agit de formaliser le savoir d'un expert humain dans un langage spécialisé afin de l'implanter sur ordinateur⁹⁸⁵. Or, on a vu que la spécificité de l'intelligence artificielle était cette capacité à engendrer de la connaissance à partir d'un échantillon de données. Schématiquement la conception des systèmes experts se déroule en trois phases. La première consiste à extraire la connaissance du ou des experts (en matière de distribution du crédit)⁹⁸⁶. La deuxième est celle de la formalisation de ce savoir en un ensemble cohérent de règles (vérifier la non-contradiction de la connaissance ainsi dégagée est parfois ardu surtout si l'on fait appel à plusieurs experts). La troisième phase voit la réalisation informatique du système expert proprement dit, accompagnée de nombreux tests, qui permettent de vérifier l'adéquation entre la démarche de l'expert et le fonctionnement du programme. Alors que le score ou le réseau de neurones, proches parents, nécessitent une grande quantité d'exemples décrits par des variables en petit nombre, le système expert est la modélisation d'un savoir et n'a pas besoin d'exemple pour être construit, mais seulement de règles (parfois jusqu'à un millier) retraçant la connaissance humaine. De plus, alors qu'un système expert est normalement prévu pour s'adapter à des cas très divers sans baisse de qualité, les performances d'un score ou d'un réseau de neurone sont très dépendantes de l'échantillon utilisé pour leur élaboration ; en d'autres termes, il serait très hasardeux de les appliquer à une population peu

983 Du style, si le compte chèque du demandeur est débiteur ou est crédité de moins de 50 euros, et s'il n'a jamais eu de crédit à cette banque ou les a remboursés normalement, et si le crédit demandé est ni pour une voiture d'occasion, ni pour du mobilier, et si le crédit n'est pas compris dans la tranche 1500 – 6000 euros, et si le demandeur est au chômage ou si l'emploi actuel date de moins de 7 ans, et si le taux de mensualités est supérieur à 30 % de ses revenus, et si l'âge du demandeur n'est pas compris dans la tranche 36 - 41 ans ou supérieur à 59 ans, alors c'est un mauvais client.

984 Selon certains, les systèmes experts feraient partie de l'intelligence artificielle, Fabrice MOLY, précité, page 47. A notre avis, l'opinion est contestable puisque ce type de système n'apprend pas seul la connaissance.

985 Le mode expert consiste à concevoir un ensemble de règles permettant de reproduire le raisonnement d'experts dans un domaine précis de la connaissance, dans le but de prendre une décision à leur place, Dominique MONERA, « Quels logiciels pour évaluer les risques ? », Revue Banque, n° 539, juillet 1993, page 82.

986 Afin d'y parvenir, on examine les réactions des experts sur plusieurs centaines de cas afin de mieux isoler la connaissance pertinente.

nombreuse ou ne ressemblent pas à l'échantillon d'origine. Un autre avantage des systèmes experts par rapport aux deux précédents, notamment le système score, est que si ce dernier est très efficace dans les tranches extrêmes, il devient inopérant dans les tranches moyennes. Au contraire, les systèmes experts permettent de traiter des dossiers de profil moyen en enrichissant ponctuellement l'information dossier par dossier et seulement si c'est nécessaire. De plus, ce dernier système peut être aisément et régulièrement actualisé, pour tenir compte de l'évolution du marché et des comportements, alors que l'approche *scoring* ou neuronale nécessite plus d'efforts. En revanche, l'apport du système expert est marginal pour les dossiers dont le score délivre des notes extrêmes. Ceci doit nous amener à considérer que les deux approches sont plus complémentaires que substituables⁹⁸⁷. En effet, là où le score délivrera des notes intermédiaires nécessitant l'intervention humaine, le système expert pourra prendre le relais et décider de l'octroi ou du refus du prêt. Mais on s'aperçoit alors que l'utilisation solidaire des deux techniques élimine presque totalement l'intervention humaine de la décision alors même que l'article 2 de la loi informatique et libertés interdit la prise de décision sur le seul fondement d'un ordinateur. L'ordinateur ne remplacera-t-il pas à terme l'être humain passant du statut de système d'aide à la décision au statut de décideur ? Et dans ce dernier cas, n'est-il pas à craindre l'extinction de la relation bancaire *intuitu personae* ?⁹⁸⁸ Ces interrogations pourraient d'ailleurs être renouvelées dans le cadre des crédits distribués aux entreprises à l'aide de ces mêmes méthodes.

SECTION 2 Le crédit-scoring appliqué aux entreprises.

399. Développement de la technique. Comme pour le crédit aux particuliers, les établissements de crédit ont adopté la méthode des scores ou crédit-scoring pour le financement des activités économiques. Comme pour les particuliers, celle-ci permet de donner à l'établissement de crédit un avis sur la qualité d'une entreprise en la situant automatiquement dans une population de risques comparables. La formule est constituée statistiquement à partir des comptes et des données chiffrées sur la défaillance. Elle s'exprime en probabilité de défaillance ou par une note qui la traduit. Cette nouvelle approche de la distribution du crédit aux entreprises est née à la fin des années 60 et a été par la suite développée notamment en Europe. Si elle n'est pas aussi répandue pour cette classe de bénéficiaires que pour les particuliers (la diversité des situations rend plus difficile l'élaboration d'un score pouvant s'appliquer largement) celle-ci trouve progressivement à s'appliquer en matière de détection de la dignité de crédit des entreprises⁹⁸⁹. Cette progression n'est d'ailleurs sans doute pas étrangère au développement des moyens de transmission de l'information sur les entreprises. En effet, avec l'essor des procédés informatiques qui permettent de stocker et de mettre à jour un

987 En ce sens, voir Dominique MONERA, précité, page 82 in fine .

988 Question qui sera approfondie dans notre conclusion, *infra* n° 1176 et suivants.

989 En ce sens, voir Marie-Jeanne MAILLOT, « Système d'information et risques d'entreprises », Revue Banque, n° 539, juillet 1993, page 58 ; François SAUVAGE, « L'information comptable et financière et le risque de crédit aux entreprises », Revue d'Economie Financière, n° 41, 1997, page 75.

volume sans cesse croissant de données, le chargé d'étude de l'établissement de crédit dispose maintenant d'une masse si importante de grandeurs chiffrées qu'il ne sait comment orienter efficacement ses investigations pour déceler rapidement ce qui, dans cette information multiforme, est intéressant ou utile à la décision. Or, précisément la technique du crédit-scoring, dont le développement a été largement accompagné par celui de l'informatique⁹⁹⁰, permet tout à la fois synthèse et allègement considérable du temps et du volume de l'investigation. De ce point de vue, il n'est alors pas étonnant de voir l'usage de la technique se répandre, mouvement encouragé d'ailleurs par les instances bancaires⁹⁹¹. La technique des scores appliquée aux entreprises mérite donc, tout autant que pour les particuliers, d'être exposée. Cependant, afin d'éviter toute redondance avec ce qui a déjà été exposé pour les particuliers, on s'attachera dans un premier temps à montrer les modalités spécifiques d'élaboration de la méthode score concernant les entreprises (I) pour, dans un second temps, montrer les avantages qui peuvent être trouvés à l'utilisation de cette technique pour l'octroi des crédits, ainsi que ses limites (II).

I Elaboration des scores d'entreprise.

400. Intérêt de l'analyse par les scores. Prévoir le risque de défaillance de l'entreprise est une préoccupation majeure des établissements de crédit et des agences de notation. Or, force est d'admettre que c'est là une tâche difficile tant les raisons pour lesquelles les entreprises connaissent des difficultés peuvent être nombreuses. Certaines sont externes à l'entreprise : crises économiques ou monétaires de plus en plus fréquentes. Mais également difficultés sectorielles : surcapacité, évolution des techniques, marché en baisse, concurrence de nouveaux producteurs etc.⁹⁹². Cependant, d'autres causes proviennent de problèmes internes à l'entreprise, tels que mauvaise organisation, gestion surannée, déclin de la qualité du produit, vieillissement des dirigeants ou du chef d'entreprise, climat social difficile etc.⁹⁹³, qui peuvent aussi amener l'entreprise à une situation précaire. Evidemment, il est possible pour les établissements de crédit et les agences de notation de procéder, comme on a pu le voir, à l'analyse des bilans et comptes de résultats de l'entreprise pour détecter les difficultés futures. Ainsi, leur sera-t-il possible d'examiner l'évolution du chiffre d'affaires, des charges et des résultats, de même que l'évolution de la situation financière (importance relative des biens immobilisés, des créances, des fonds propres, du fonds de roulement, de la trésorerie etc.). Mais, il faut reconnaître que ce type d'analyse, outre le fait qu'elle met souvent les décideurs, banquiers ou agences de notation, devant le fait accompli, comporte quelques limites⁹⁹⁴ :

990 Sur la nécessité de l'informatique pour l'élaboration des scores, voir B. Daudé, « Préviation des faillites et informatique », Revue de Jurisprudence Commerciale, novembre 1979, page 390 et suivantes.

991 Voir Conseil National du Crédit, précité, pages 45, 46, 51.

992 Voir *supra* n° 263 et suivants.

993 Pour plus de détails, voir Bernard-Henri GUILHOT, « Défaillance d'entreprise : modélisation financière ou stratégique », Revue Banque Stratégie, n° 106, juin 1994, page 32.

multiplicité des ratios possibles. On a pu dire précédemment qu'ils étaient nombreux et que le choix parmi ces ratios restait largement subjectif en ce qu'il dépendait pour beaucoup de l'agent qui faisaient l'analyse de la situation de l'entreprise ;

interdépendance existant entre les ratios. En effet, l'évolution des ratios peut entraîner la modification d'un autre qui, à première vue, ne semble avoir que peu de relations avec le premier ;

pondération des ratios, c'est-à-dire que l'importance accordée à chacun d'eux dans l'explication n'est, le plus souvent, pas prise en considération de façon explicite et dépend encore de l'analyse subjective qui est faite par l'agent et est donc susceptible de variations suivant la personne qui étudie la situation.

A Méthodologie générale des fonctions scores.

401. Principes d'élaboration. Très simplement, le principe d'élaboration d'une méthode de score sur entreprise consiste à sélectionner deux échantillons (de taille identique), l'un composé d'entreprises ayant connu la défaillance, l'autre d'entreprises ayant fait la preuve de leur viabilité dans le passé. Pour chacune de ces entreprises on dispose d'un certain nombre de ratios économiques et financiers. L'analyse discriminante permet de sélectionner un petit nombre de ratios et de les combiner par le jeu de coefficients afin d'obtenir une note globale de l'entreprise, score, la contrainte de sélection étant que la note ainsi obtenue appliquée aux entreprises des échantillons initiaux, corresponde au plus près à leur situation réelle (défaillantes ou vivantes)⁹⁹⁵. On dispose ainsi, sous forme synthétique, du profil économique et financier des entreprises qui, dans le passé, ont connu la défaillance. Il est alors bien évident qu'il est possible d'utiliser le score comme moyen de dépistage des entreprises qui seraient amenées à connaître la défaillance dans un avenir proche, c'est-à-dire trois à quatre ans maximum. En effet, le profil économique et financier des entreprises disparues dans le passé doit permettre de déceler aujourd'hui les entreprises qui connaîtront ce sort demain. Si l'on veut être plus précis sur la méthode d'élaboration, on partira de l'idée que le comportement futur de l'entreprise peut être caractérisé par un certain nombre d'indicateurs économiques et financiers présents, conformément à l'idée générale des ratios. On va choisir des indicateurs en retenant ceux qui, dans une analyse par le passé, se sont avérés les plus fiables pour discriminer les entreprises qui par la suite évolueront différemment, par exemple celles qui iront au dépôt de bilan de celles qui survivront toujours deux ou trois ans plus tard. On suppose donc, pour simplifier la présentation, que les entreprises ne peuvent avoir que deux états : saines ou défaillantes. L'échantillon est supposé regrouper N entreprises ; la table d'affectation suivante mesure la performance d'un indicateur quelconque.

994 Sur ce point, voir J. De Caebel , « Un système de clignotants-crédit », Revue Banque, avril 1983, page 43.

995 Voir Patrick SAINT-SEVER, précité, page 795.

Score de l'année X	Réalité sur la période x +3		Total
	Entreprises en vie	Entreprises défailtantes	
Entreprises classées défailtantes par le score (négalif)	56	15	71
Entreprises classées vivantes par le score (positif)	153	3	156
Total	209	18	227

Ainsi, sur 209 entreprises réellement saines, 153 ont été classées effectivement saines par l'indicateur et 56 classées par erreur malsaines, tandis que sur les 18 entreprises malsaines, 15 ont été classés malsaines et 3 classées à tort saines. Au total le meilleur indicateur sera celui par lequel les pourcentages de bons classements pour les 209 entreprises encore en vie : $153/209 \times 100$, pour les 18 entreprises défailtantes : $15/18 \times 100$, sont les plus élevés⁹⁹⁶. Le but sera, à partir de là, de rechercher une fonction score en constituant une combinaison d'indicateurs financiers ainsi sélectionnés. Pour construire cette fonction, on utilisera l'analyse discriminante, celle-ci ayant pour fonction de sélectionner dans une batterie initiale, un sous-ensemble de ratios comptables susceptibles d'expliquer le processus de détérioration financière. La méthode consiste notamment à éliminer les ratios fortement corrélés entre eux. Par exemple, la part des frais financiers dans le résultat d'exploitation est corrélée positivement au ratio dettes totales rapportées au total du bilan. La méthode discriminante supprimera donc l'un des deux⁹⁹⁷. On sélectionne un échantillon d'entreprises dont on connaît la situation finale aujourd'hui, et pour lesquelles on dispose de plusieurs ratios caractéristiques d'hier. On va chercher à les ventiler entre les deux classes, saines ou défailtantes, à partir d'une combinaison optimale de ces quelques ratios. Pour cela, on sélectionne pas à pas les ratios selon leur capacité discriminante. On choisit d'abord le plus discriminant, c'est-à-dire celui qui détermine les deux classes d'entreprise où le nombre d'entreprises « bien classées » est le plus grand. Après quoi, on sélectionne un deuxième ratio et on recherche celui qui combiné au premier donne le maximum d'entreprises bien classées... Ainsi de suite, jusqu'à ce que le pourcentage n'augmente plus en ajoutant un nouveau ratio⁹⁹⁸. La somme des ratios choisis donnera la note de l'entreprise ou sa qualité

996 Le choix de cet indicateur serait d'ailleurs vivement contesté par certains auteurs, Patrick SAINT-SEVER, précité, page 796. En effet selon cet auteur, l'indicateur de qualité prédictive du score est celui rapportant le nombre d'entreprises signalées en difficulté par le score et dont la défailtance s'est effectivement produite dans les 3 ans, au nombre total d'entreprises signalées en difficulté par le score et non pas au nombre total de défailtances (signalées ou non). Sur l'échantillon de contrôle, l'indicateur fait apparaître ainsi une qualité prédictive de 15/71 soit 21 % contre 83% de bons classements sur ce même échantillon ($15/18 \times 100$) ! Cette approche nous enseigne donc que dans 21 % seulement des cas où le score signale des difficultés, la défailtance survient, ^a contrario, cela signifie que dans près de 79% des cas le signal d'alarme retentit inutilement. L'utilisation d'un indicateur inadéquat conduirait, dans une large proportion, à gonfler artificiellement les performances des méthodes des scores.

997 Voir, Pascal DAMEL, « Score d'entreprises : mieux apprécier le risque de défailtance », Revue Banque, n° 575, novembre 1996, page 51.

998 Evidemment le ratio ajouté parmi ceux restant _s, est celui qui donne la plus forte augmentation du pourcentage d'entreprises bien classées.

d'entreprise saine ou défaillante. Plusieurs études menées aux USA et en Europe ont permis, invariablement, d'identifier les ratios les plus discriminants de la santé prévisible d'une entreprise.

B Cas d'application de la méthode score.

402. Score d'Altman. Ce chercheur, en 1968, applique pour la première fois la technique du crédit-scoring à l'étude des ratios financiers pour prévoir les défaillances d'entreprises. L'échantillon principal était composé de 66 entreprises cotées dont les actifs moyens s'élevaient à 6,5 millions de dollars. Le groupe des entreprises en faillite (33 au total) comprenait des entreprises de production soumises à la procédure de faillite entre 1946 et 1976. Le groupe des entreprises saines (33 également), existant encore toutes en 1966, était composé d'entreprises de production choisies par tirage aléatoire par tailles et secteurs différents. Sur les 25 ratios de départ testés, Altman ne retiendra que 5 d'entre eux jugés les plus discriminants⁹⁹⁹. Chacun d'entre eux étant pondéré par un coefficient censé représenter sa capacité prédictive plus ou moins grande. Selon l'auteur, ce modèle de fonction discriminante s'avèrera être précis dans la prévision correcte de la faillite de 94 % des entreprises de l'échantillon initial un an avant la faillite, 72% deux ans avant, et seulement 30% cinq ans avant la faillite. Cependant, le principal reproche attaché à ce résultat est qu'il ne permettait pas de fixer avec précision la note (Z) à partir de laquelle une entreprise pouvait être estimée hors de danger de faillite. L'intérêt était alors simplement d'opérer des comparaisons de performances entre entreprises d'un même secteur. On comprend alors qu'il devient difficile à un établissement de crédit ou à une agence de notation de prendre appui sur une telle note pour prendre sa décision et ce d'autant plus que, plus on s'éloigne dans le temps moins le score apparaît prédictif. D'autres travaux ont été menés aux USA, allant dans le même sens¹⁰⁰⁰. En France, il faudra attendre la fin des années 70 pour voir de tels travaux se développer.

403. Travaux de Conan et Holder¹⁰⁰¹. Ces derniers retiennent une batterie de 50 ratios classés en sept catégories (structure des actifs, dépendance financière, fonds de roulement, trésorerie, besoin en fonds de roulement, exploitation, rentabilité financière). Les entreprises étudiées, petites et moyennes, ont été regroupées par secteur d'activité. Dans un premier temps l'étude s'est cantonnée à un échantillon d'entreprises industrielles pour ensuite s'étendre, en collaboration avec la Fiduciaire de France, au secteur du BTP, commerce de gros et de transport. Ainsi la combinaison retenue pour l'industrie sélectionne 5 ratios¹⁰⁰² parmi des entreprises indépendantes embauchant entre 10 et 500

999 X_1 , fonds de roulement/actif total $\times 0,012$; X_2 , réserves/actif totale $\times 0,014$; X_3 bénéfices avant intérêts et impôt/actif total $\times 0,033$; X_4 , valeur boursière/dette totale $\times 0,006$; X_5 , chiffre d'affaires/actif total $\times 0,999$; ce qui donna la fonction Z suivante : $Z = 0,012 X_1 + 0,014 X_2 + 0,033 X_3 + 0,006 X_4 + 0,999 X_5$. On notera dans cette fonction l'importance des ratios X_5 et X_3 .

1000 Notamment Edmister, voir sur cette dernière méthode, B. Guilhot, précité, Revue Banque, 1986, page 978 ; Voir aussi, thèse Jean-Prosper Mabassi, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'occasion des procédures collectives », thèse, Poitiers, 1982, page 108 et suivantes.

1001 Ibidem page 978 et suivantes ; Jean Matouk, précité, page 627 et suivantes ; Dictionnaire Permanent Difficultés des Entreprises, « Risques clients », pages 1198 B, 1199.

salariés. L'intérêt de la méthode par rapport à celle d'Altman est qu'elle permet d'associer à une note sa probabilité de défaillance. Ainsi, trois zones révélatrices des risques seront distinguées sur une échelle ¹⁰⁰³. Une zone positive supérieure à 9 qui permet de considérer que l'entreprise se situant dans cette zone est saine et ne réclame pas d'investigations particulières. Une zone d'incertitude comprise entre 9 et 4 où l'on ne peut émettre un avis définitif. Dans cette zone, il est alors nécessaire de procéder à des recherches supplémentaires, une décision prise sur la base de cette note serait pour le moins hasardeuse. Enfin, une zone inférieure à 4 qui indique que l'entreprise présente des risques graves de défaillance. Le schéma fonctionne de la même façon pour les entreprises du BTP, et à chaque note est associée une probabilité de défaillance. Pour ce dernier secteur ¹⁰⁰⁴, les travaux ont porté sur 286 entreprises. Selon les auteurs ¹⁰⁰⁵, la fonction obtenue peut être considérée comme significative puisque le pourcentage global de bons classements oscille pour la période observée (1976 - 1982) entre 75,5 % et 86,5 %. La fonction retient également 5 ratios ¹⁰⁰⁶ dont on peut observer qu'ils ne sont pas identiques à ceux retenus pour l'industrie marquant de ce fait la nécessité de multiplier les scores pour les différents secteurs de l'économie. A côté de ces travaux, la Banque de France a élaboré elle-même un score dit « score Banque de France » qui a d'ailleurs été récemment modifié.

404. Score de la Banque de France ¹⁰⁰⁷. De récents travaux ont permis de renouveler les formules de score de la Banque de France et d'en étendre le champ d'application. Le score récent appelé BDFI, s'applique aux entreprises de l'industrie et remplace l'ancien score « Z » ¹⁰⁰⁸ construit sur des données datant de 1972 à 1979 et qui, avait au fil du temps, perdu de son efficacité. La formule du score est tenue secrète, ce qui la protège des emprunts abusifs et permet sa maintenance régulière, au contraire des scores, qui circulent librement sous l'appellation non contrôlée de score Banque de France. Le nouveau score a, quant à lui, été élaboré en travaillant sur des échantillons annuels d'environ 5.000 entreprises (provenant du fichier FIBEN) dont un tiers de

1002 R 1 : Excédent brut d'exploitation/endettement total x (+ 24) ; R 2 : capitaux permanents/total du bilan x (+ 22) ; R 3 : réalisable et disponible/total de bilan x (+ 16) ; R 4 : frais financiers/chiffre d'affaires hors-taxes x (- 87) ; R 5 : Frais de personnel/valeur ajoutée x (- 10) ; ce qui donne comme fonction score $Z = 24 R 1 + 22 R 2 + 16 R 3 - 87 R 4 - 10 R 5$.

1003 Voir Dictionnaire Permanent Difficultés des Entreprises, précité.

1004 Ainsi que le secteur du commerce de gros et du transport.

1005 M. Holder , T. Loebe et G. Portier , « Le score de l'entreprise », nouvelles éditions fiduciaires, 1984.

1006 B 1 : situation nette/total du bilan x 3,50 ; D 1 : actifs circulants/dettes à court terme x 0,14 ; E 4 : fournisseurs/achats x 1,16 ; H 3 : excédant brut d'exploitation - frais financiers/endettement global x 0,15 ; E 3 : clients/chiffre d'affaires HT x (- 2,38) ; F 10 : frais financiers/chiffre d'affaires HT x (- 10,74).

1007 Voir, pour plus de précision, M. ^{ireille} Bardos , « Endettement et détection du risque », colloque de « l'endettement au surendettement des entreprises », Gazette du Palais du 22 et 23 septembre 1999, page 29 et suivantes ; du même auteur, voir Bulletin Banque de France, 3e trimestre, 1995.

défaillantes¹⁰⁰⁹. Il a été testé sur des échantillons annuels d'environ 30.000 entreprises. Le taux de bon classement est de l'ordre de 70 %, ce qui représente un bon résultat compte tenu de l'ampleur des échantillons tests. Les étapes, très schématisées de son élaboration sont les suivantes : analyse financière de la défaillance à partir des entreprises ayant connu ce sort et d'autres non défaillantes ; confection de critères explicatifs de la défaillance sous forme de ratios ; établissement d'une formule par la méthode discriminante qui sélectionne parmi ces ratios ceux qui sont les plus explicatifs et qui calculent leur coefficient de pondération. La formule aboutit à un score dont la valeur peut aller de - 5 (le plus risqué) à + 3 (le moins risqué) ; l'ampleur et la représentativité des fichiers utilisés permettent d'estimer statistiquement la probabilité de défaillance au cours des trois prochaines années des entreprises dont on connaît le score. Les ratios utilisés sont au nombre de sept et portent sur les éléments suivants :

- rentabilité de l'entreprise : lorsqu'elle s'élève, le score augmente ;
- dettes fiscales et sociales : lorsqu'elles s'élèvent, le score diminue ;
- délai du crédit fournisseur : lorsqu'il s'élève, le score diminue ;
- le taux d'endettement : lorsqu'il s'élève, le score diminue ;
- part d'endettement à court terme : lorsqu'elle s'élève, le score diminue ;
- le taux d'intérêt apparent : lorsqu'il s'élève, le score diminue.

On remarquera que parmi les ratios qui interviennent dans le score BDFI, certains n'existaient pas dans la précédente formule, en particulier le taux d'endettement financier, ainsi que sa structure. De même qu'il y avait, dans le score Z, des ratios de croissance qui n'apparaissent plus. Ceci tend à démontrer que l'élaboration des fonctions score nécessite un suivi régulier en considération de l'évolution des critères discriminants qui peuvent changer au fil du temps. Cependant, on s'aperçoit également que ce score, comme les précédents, n'utilise que des critères objectifs sans tenir compte des critères tels que la compétence des dirigeants ou même la conjoncture économique de la branche de l'entreprise. La méthode dite des « creditmen » s'est proposée d'intégrer ces derniers critères.

1008 Les ratios retenus dans cette formule étaient : R 1, part des frais financiers dans les résultats exprimé par le ratio : frais financiers/R.E.B ; R 2, couverture des capitaux investis exprimé par le ratio : ressources stables/immobilisations brutes + besoin en fonds de roulement ; R 3, capacité de remboursement exprimé par le ratio : capacité d'autofinancement/endettement global financier ; R 4, taux de marge brute d'exploitation exprimé par le ratio : résultat d'excédant brut/chiffre d'affaires ; R 5 délai de crédit fournisseurs exprimé par le ratio : dettes commerciales/achat TTC ; R 6, taux de croissance de la valeur ajoutée exprimé par le ratio : $\frac{\text{avances} + \text{créances}}{\text{production}}$; R 7, délai de découvert client exprimé par le ratio : stocks de travaux en cours ; R 8, taux d'investissement physique exprimé par le ratio : achats d'immobilisations /valeur ajoutée. La formule mathématique était la suivante $Z = - 1,255 R 1 + 2,003 R 2 - 0,824 R 3 + 5,221 R 4 - 0,689 R 5 - 1,164 R 6 + 0,706 R 7 + 1,408 R 8 - 85,544$ (constante). La probabilité de défaillance est très forte pour les entreprises dont le score était inférieur à - 0,25 et faible lorsque le score excédait + 0,125. En revanche la fonction n'apporte pas de réponse déterminante si le score est compris entre - 0,25 et + 0,125 ; Jean-Yves EGLEM, Alain MIKOL et Hervé STOLOWY, « Les mécanismes financiers de l'entreprise », Monchrétien, 1988, pages 147 et 148 ; Bernard-Henri GUILHOT, précité, Revue Banque, n° 468, janvier 1987, page 39 et suivantes.

1009 Le score s'appuie sur des fichiers de la fin des années 80 et du début des années 90.

405. Méthode des « creditmen »¹⁰¹⁰. Cette dernière consiste à pondérer sur les bases de l'expérience bancaire, les différents facteurs représentatifs du risque de l'entreprise classés en trois catégories. D'une part, on trouve les éléments sectoriels correspondant à l'appréciation de la valeur et de la situation du secteur, comptant pour 20 % de la note finale. D'autre part, on retient des critères humains attachés à l'appréciation de la compétence des dirigeants et/ou des employés comptant pour 40 % de la note finale. Cette forte proportion n'est pas étonnante car, comme nous avons pu le voir lors de l'analyse traditionnelle, la compétence des dirigeants est primordiale pour la survie de l'entreprise. Enfin, les éléments financiers interviennent également pour 40 % de la note globale. Ceux-ci sont établis par pondération de cinq valeurs de ratios comparés aux ratios correspondant à la moyenne du secteur économique et pondérés de la façon suivante :

- 25 % pour le ratio de trésorerie : réalisable et disponible/dettes à court terme ;
- 20% pour le ratio d'indépendance financière : capitaux propres/dettes à court terme et long terme ;
- 10% pour le fonds de roulement net : capitaux propres/valeurs immobilisées nettes ;
- 20 % pour le taux de rotation d'exploitation : ventes/stocks;
- 20 % pour le taux de rotation client : ventes/clients.

Après quoi, ces 5 ratios relatifs à la firme seront comparés aux 5 ratios de l'entreprise type médiane de la branche d'activité considérée. La comparaison permettra d'obtenir 5 nouveaux rapports R1, R2, R3, R4 et R5 de la forme :

$R1 = \frac{\text{R1 ratios de l'entreprise analysée}}{\text{R1 ratios type par rapport à la médiane de la branche}}$.

R1 ratios type par rapport à la médiane de la branche.

Ainsi en tenant compte de la pondération des 5 ratios précédents, on peut calculer la note financière de chaque entreprise, note = 0,25 R1 + 0,25 R2 + 0,10 R3 + 0,20R4 + 0,20 R5. Partant du constat que cette note est égale à 1 pour l'entreprise type, si la note de l'entreprise étudiée est supérieure à 1, alors sa situation sera jugée bonne, en l'hypothèse inverse (note < 1) la situation de l'entreprise présentera des faiblesses et orientera l'établissement de crédit ou l'agence de notation vers l'approfondissement de l'analyse. Cette dernière méthode présente l'avantage, par rapport aux autres techniques¹⁰¹¹ décrites précédemment, d'intégrer notamment les éléments de la compétence humaine des personnes qui mènent l'entreprise. Cependant, on peut penser qu'en pratique l'évaluation de ce dernier critère sera difficile à quantifier. En effet, la

¹⁰¹⁰ P. Lassègue, « Gestion de l'entreprise et comptabilité », Dalloz, 1979, page 79.

¹⁰¹¹ Voir, pour un autre exemple, J. De Caebel, précité, pages 44, 45 et 46. L'auteur met en relief d'autres ratios discriminants de la dignité de crédit des entreprises, ceci démontrant qu'il n'existe pas de solutions types pour appréhender la diversité d'une entreprise. Les critères peuvent donc varier d'un établissement de crédit à l'autre, ce que souligne d'ailleurs clairement l'auteur dans ces quelques mots, « prudence, la clientèle d'une banque n'est pas celle d'une autre... surtout dans des pays différents... il est donc dangereux d'appliquer sans plus aux entreprises clientes d'une banque une équation mise au point pour une autre institution financière » ; voir aussi Bernard-Henri GUILHOT, précité, Revue Banque, n° 468, pages 42 et 43 (formule du CCF).

compétence ne se mesure pas seulement aux diplômes obtenus, mais plutôt au savoir-faire de chacun, que seules les rencontres avec les dirigeants et l'étude du passé permettra d'évaluer. On peut alors douter de l'avantage réellement procuré par une analyse de type crédit-scoring par rapport à la méthode traditionnelle. Cette dernière observation ne peut que nous amener à étudier plus précisément les intérêts et les limites attachés à la méthode des scores appliquée aux entreprises.

II Intérêts et limites de la méthode des scores dans la distribution des crédits aux entreprises.

A Intérêts des scores d'entreprises.

406. Gain de temps. L'établissement de crédit peut, comme pour les particuliers, trouver des avantages à la technique. En effet, la méthode des scores par son aspect synthétique représente par rapport aux méthodes traditionnelles d'analyse des ratios un progrès important. Celle-ci permet effectivement de positionner l'entreprise analysée par rapport à celle de son environnement (notamment en termes de probabilité de défaillance), et constitue de ce fait une base précieuse pour la décision d'octroi ou de refus du crédit. Les études que nous venons de décrire apportent sans nul doute une contribution importante aux indications synthétiques de la situation financière. Leur principale caractéristique par rapport à l'analyse traditionnelle réside dans la procédure de sélection des ratios et dans l'élaboration de la pondération. En effet, c'est l'instrument statistique qui engendre directement cette sélection et qui induit le système de pondération sur une population d'entreprises donnée de façon à obtenir le meilleur pouvoir de séparation. On peut donc dire que l'intérêt premier de cette méthode est de permettre un premier tri extrêmement rapide des dossiers (le score est fourni dès la fin de la saisie informatique des données comptables et financières) déterminant avec une fiabilité acceptable les entreprises menacées de défaillance dans les trois années à venir. Ainsi, lorsque le score classe l'entreprise comme vivante, on peut admettre sans grand risque qu'elle ne connaîtra pas de défaillance dans les trois ans. En revanche, lorsque le score signale que l'entreprise est soumise à défaillance, si l'on ne peut rien conclure quant à sa pérennité, au vu du manque de fiabilité du score en la matière, on sait qu'il conviendra de mener une analyse financière et économique approfondie. A cet égard, la note score permettra d'orienter la démarche que devra suivre l'établissement de crédit, notamment, à défaut de pouvoir emporter la décision. Le tri ainsi opéré par le score permettra de concentrer les moyens d'études économiques et financières sur un nombre restreint de dossiers. Il autorise une économie et une meilleure gestion des moyens en personnels spécialisés¹⁰¹², et accélère l'examen des dossiers de crédit ce qui revêt une importance non négligeable en période de concurrence accrue. Le score est à l'heure actuelle un moyen d'amélioration de la productivité des opérations de traitement des dossiers d'entreprises¹⁰¹³. On retrouve donc pour les entreprises les avantages qui ont été énumérés pour les particuliers : souplesse, rapidité, objectivité de la prise de décision. Mais corrélativement

1012 Gérard GALZY, précité, page 30, « toute une politique de délégation peut par ailleurs être bâtie sur ce principe : large délégation pour les dossiers réputés bons, mise sous surveillance - siège des autres ».

le score d'entreprise amène également son lot d'inconvénients bien plus prononcés encore que dans le cas des crédits aux particuliers.

B Limites des scores d'entreprises.

407. Inadaptation du *scoring* à la diversité de l'entreprise. Il est vrai que les méthodes statistiques, quoique constamment perfectionnées par les établissements de crédit, ont leurs limites. Elles conduisent bien souvent à des conclusions quelque peu brutales car elles n'intègrent pas l'ensemble des éléments autres que financiers. Aussi, valables pour le traitement sélectif d'une demande de crédit homogène, tel que les demandes de crédit à la consommation, elles sont moins pertinentes pour les demandes de crédit aux entreprises dont il est difficile d'appréhender, à partir de critères plus ou moins standardisés, toute la spécificité et la diversité¹⁰¹⁴. De même, comme pour les particuliers, le score n'apporte aucune précision fiable sur la situation à venir de l'entreprise dans la zone intermédiaire. Aucune décision n'est possible sur la base du score dans cette tranche de risque. Dans un même ordre d'idées, si le score permet de relativement bien identifier les deux classes extrêmes du risque d'entreprise (soit très bonnes, soit très risquées) sa capacité prédictive s'atténue fortement concernant les entreprises dont les caractéristiques sont moyennes. S'y retrouvent mélangées beaucoup de défaillances à deux ou trois ans avant l'échéance ultime et beaucoup de non défaillantes qui connaissent des difficultés passagères mais qui ne déposeront pas leur bilan. Or, ce type de firme est particulièrement difficile à repérer avec un score. Pourtant, selon la Banque de France¹⁰¹⁵ l'ampleur de ce groupe est loin d'être négligeable, puisqu'il représenterait 40% du fichier sur lequel aurait été établie la typologie des entreprises (classées A pour les moins risquées jusqu'à F pour les plus risquées)¹⁰¹⁶. Cette dernière limite liée à la pertinence n'est pas tout à fait étrangère à la taille de l'échantillon de base servant à la confection des scores. S'il est vrai que pour les particuliers les échantillons peuvent représenter des millions d'individus, très souvent celui-ci représente seulement quelques centaines d'entreprises ou au mieux quelques milliers pour le score Banque de France. Il s'agit là d'une faiblesse d'autant plus grande que leur représentativité n'est jamais démontrée. Ceci est d'ailleurs confirmé par le processus d'établissement du score BDFI qui s'appuie uniquement sur les entreprises (PMI) d'une certaine taille (entre 10 et 500 salariés), soumise à l'IS, ce qui élimine de l'échantillon les très petites entreprises¹⁰¹⁷. Comment alors considérer comme pertinent un score appliqué à ces dernières ? Il

1013 Ainsi, aux USA où le score entreprise est déjà très développé, on retrouve des avantages très similaires aux scores sur particuliers. Ainsi, le score d'entreprise permettrait, en deçà d'un certain seuil, 100.000 dollars, de diminuer les activités quotidiennes de suivi et de renouvellement des lignes, qui comptent pour 50 à 63 % des décisions de crédit de ce marché. Ainsi, chez Banc One, la procédure d'octroi de crédits à hauteur de 35.000 dollars est entièrement automatisée ; voir, Z. Sarkis et J-Charles Sevet, « Rentabiliser les crédits aux professionnels », Revue Banque, n° 597, novembre 1998, page 51 et suivantes.

1014 En ce sens, Jean-Pierre Bertrel, « Relation banques-entreprises », précité, n° 1027.

1015 Voir Bulletin Banque de France, supplément études, 3e trimestre 1995.

1016 Ibidem.

importe également que la période d'études soit suffisamment longue pour permettre de saisir l'évolution du comportement des entreprises et d'en mesurer les effets. Mais indépendamment de cette durée, on est en droit de s'interroger sur la représentativité de ces périodes de référence. En effet, sur un échantillon datant par exemple des années 1990 - 1995, on peut légitimement se demander si l'environnement économique et financier des entreprises n'a pas évolué depuis. Le risque étant que le score établi à partir de l'échantillon ne soit pas autant prédictif pour évaluer les entreprises actuelles dont les caractéristiques peuvent être différentes. Ceci oblige les établissements de crédit à un suivi régulier du score ce qui demande des moyens importants pour sa mise en oeuvre ; ceci explique en partie que nombre des établissements de crédit aient décidé d'en rester à l'analyse traditionnelle. A ce problème du choix de l'échantillon, s'ajoute celui du choix des ratios à prendre en considération, voire, selon certains, celui du principe même du choix des ratios comme référence. Ainsi selon Bernard Daudé ¹⁰¹⁸, « le raisonnement à base de ratios est au demeurant critiquable dans son principe ; les ratios financiers et comptables sont en effet fondés sur des comportements et résultats passés de l'entreprise, et si leurs résultats sont extrapolables en avenir connu, il n'en est pas de même en avenir inconnu, ce qui est précisément le cas des situations économiques actuelles... il est illusoire d'espérer résumer l'état d'une firme en quelques ratios comptables et financiers, aussi sophistiqués soient-ils ». A cela, on peut ajouter qu'il est probable que les mêmes ratios n'auront pas le même degré prédictif un an avant ou trois ans avant la faillite ; l'absence de modulation temporelle des ratios devient alors une lacune grave. Tout aussi critiquable serait le raisonnement qui ne tiendrait pas compte des différences sectorielles, des spécificités de la branche d'activité de l'entreprise, voire des spécificités de l'entreprise elle-même ¹⁰¹⁹. Or, en matière de *scoring* les ratios retenus dégagent simplement une tendance générale, mais ne tiennent en aucune façon compte des spécificités des entreprises. A ce biais, s'ajoute celui de la subjectivité des choix opérés à chaque stade d'élaboration du score.

408. Subjectivité du choix des critères. En effet, il appartient à l'analyste d'opérer des choix aux différentes étapes qui tiennent notamment à la constitution de la batterie initiale des ratios et à l'analyse du pouvoir discriminant de chaque ratio pris isolément ou globalement ¹⁰²⁰. Dès lors, l'utilisation de la technique du score ne peut se faire qu'avec prudence et n'être appliquée que sur une population d'entreprises ayant les mêmes caractéristiques que l'échantillon (nature juridique, taille, secteurs etc.), ainsi que pour des entreprises ayant un comportement relativement stable dans le temps ¹⁰²¹. Cependant, si

1017 Voir Bernard-Henri GUILHOT, précité, n° 468, page 44.

1018 Précité, page 399.

1019 Opinion partagée par le Conseil National du Crédit qui souligne, « la valeur illusoire d'une note globale accordée à l'entreprise ; d'une part, il sera plus simple d'utiliser directement les ratios élémentaires qui composent cette note globale ; d'autre part, les critères de jugement financiers doivent être interprétés de façon très variable selon la situation de chaque entreprise et celles de son secteur d'activité » ; Pierre Lasségue, précité, page 79 ; voir aussi, B. Daudé, précité, page 399.

1020 Voir en ce sens, Bernard-Henri GUILHOT, précité, page 46.

sophistiqué soit le score élaboré, étant fondé sur l'analyse de quelques ratios jugés discriminants, il sera de peu d'utilité quant à l'analyse des facteurs pouvant amener à la faillite. Ainsi, il sera impossible de prévoir les causes de défaillance purement accidentelles telles que décès, maladie du chef d'entreprise, manœuvres malhonnêtes ou déloyales dont pourrait être victime l'entreprise (détournement de fonds ou de clients par des employés ou anciens employés), défaillance totale des partenaires commerciaux, sinistres (incendie etc.). De même que les évolutions plus ou moins prévisibles du secteur d'activité de l'entreprise, telles que le déclin du secteur, le vieillissement du produit, l'apparition de nouveaux concurrents plus performants etc., ou toutes contraintes préexistantes dans l'environnement de l'entreprise, mais qui n'apparaîtront qu'à l'occasion d'un problème particulier (contraintes légales, de financement, monétaires), voire tous les problèmes qui peuvent naître du fait de la compétence du dirigeant et du personnel de l'entreprise¹⁰²² (mauvaise gestion notamment). Cette incapacité du score à prédire ces situations limite l'intérêt qu'on pourrait lui prêter. S'il est vrai que l'analyse traditionnelle ne peut pas tout prévoir non plus, les rencontres avec le demandeur de crédit, la visite de l'entreprise, l'analyse du secteur d'activité de celle-ci renseignent énormément sur la dignité de chaque entreprise, la compétence des dirigeants et la santé du secteur. Au surplus, comme pour les crédits aux particuliers, il ne faut pas oublier que le score sera très dépendant de la qualité des données transmises par l'entreprise. Un bilan truqué, non sincère fausserait irrémédiablement la pertinence du score.

409. Place du score dans la décision. Toutes ces limites font que le crédit-scoring n'est utilisé que comme complément à la décision¹⁰²³, et non comme un instrument générateur de décision. Quand bien même, il faudrait reconnaître que la capacité prédictive de la défaillance par le score, qui n'est réellement fiable que sur trois ans, limiterait largement les cas d'utilisation. Un tel instrument ne pourra être utilisé que pour les crédits à court terme (facilité de caisse, découverts, crédit campagne, crédit relais)¹⁰²⁴. Bien évidemment, comme pour les particuliers, les systèmes experts¹⁰²⁵ ont été développés et peuvent prendre le relais pour les crédits à moyen et long terme. Mais ces

1021 L'âge de l'entreprise est également un critère déterminant de sa survie. En effet, les jeunes entreprises sont beaucoup plus vulnérables, surtout dans les trois premières années, que les entreprises qui ont fait preuve de longévité. En ce sens, *ibidem*, pages 402 et 403.

1022 Voir, pour une analyse détaillée de tous ces points, B. Daudé, *précité*, page 399 à 403.

1023 Patrick SAINT-SEVER, *précité*, page 798, pour lequel le score n'est pas « une technique fiable de détection des entreprises promises à la défaillance, qui permettrait au banquier de réduire son risque en capital sur les opérations de crédit ».

1024 Voir, sur les différents types de crédit à l'entreprise, Lucien MARTIN, « Les divers crédits bancaires », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, septembre et octobre 1977, page 258 et suivantes.

1025 Défini par un arrêté ministériel relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, du 27 juin 1989, JO du 16 septembre 1989, page 11725, comme un « ensemble de logiciels exploitant dans un domaine particulier des connaissances explicites et organisées pouvant se substituer à un expert humain. Les systèmes experts peuvent apporter une aide appréciable dans l'analyse de données ou de programmes financiers complexes ».

derniers ne sont guère considérés que comme des éléments d'aide à la décision qui ne peuvent se substituer en aucun cas à l'examen de la situation par l'être humain ¹⁰²⁶. Score et système expert ne peuvent et ne sont donc, pour l'heure, envisagés que comme compléments des méthodes traditionnelles privilégiant, elles, l'intervention humaine. A croire un praticien, « nous ne souhaitons pas que la décision soit prise par des outils de manière un peu mécanique. Nous utilisons des scores ou des systèmes experts, mais en dernier ressort on retrouve toujours la décision d'un homme » ¹⁰²⁷. L'intention est d'autant plus louable, qu'à trop faire confiance à la machine, notamment au système score, des effets pervers pourraient se développer.

410. Effets négatifs. En effet, le but de cette méthode étant de déterminer par avance la probabilité de défaillance, la connaissance *a priori* de ce risque peut induire de la part des tiers en relation avec l'entreprise des comportements accélérant le processus de dégradation (banquier qui refuse son crédit, fournisseur qui supprime ou réduit ses délais de crédit), ce qui diminue d'autant les marges de manœuvre de l'entreprise. Ce n'est pas là une simple hypothèse d'école, mais bien au contraire un risque qui correspond de plus en plus à la réalité. En effet, ce risque trouve largement sa source dans l'inefficacité ou la difficulté de mise en oeuvre des garanties lors des procédures collectives, et qui ne peut que pousser les partenaires de l'entreprise à s'interroger bien à l'avance des éventuelles défaillances ¹⁰²⁸. Or, la technique du crédit-scoring s'inscrit parfaitement dans cette logique de détection du risque *a priori* dont le chef d'entreprise ne peut plus faire fi. Et ce d'autant plus que non seulement le banquier, mais aussi des sociétés spécialisées dans le renseignement commercial développent ce type de notation.

411. Perspectives. En effet, la mise en oeuvre de nouvelles technologies, permettant un maillage plus serré des sources d'informations et une multiplication des possibilités de croisement des différents renseignements, améliore leur fiabilité ainsi que l'efficacité du suivi du risque et de leur prévention. Ainsi, à titre d'exemple, le groupe Coface et ses partenaires du réseau d'assurance-crédit (crédit Alliance) utilisent une base commune donnant des informations en ligne sur 25 millions de sociétés dans le monde entier. Cette base s'appuyant notamment sur des logiciels de crédit-scoring qui permettent d'attribuer automatiquement une cotation sur chaque société à partir des informations de la base de données ¹⁰²⁹. Aujourd'hui, les bases de données financières et comptables détiennent un

1026 En ce sens, voir Jean-Pierre Bertrel, précité, n° 1027, page 241 ; François SAUVAGE, précité, page 75.

1027 Xavier de BENOIST, « Le coût du risque n'est pas suffisamment pris en compte dans la tarification d'un crédit », *Revue Banque*, n° 576, 1998, page 21.

1028 Bernard-Henri GUILHOT, précité, page 46.

1029 Voir, Anne FEITZ et P. Nieuwbourg, « L'information commerciale et le recouvrement adaptent leur offre », *Option Finance*, n° 539, 15 mars 1999, page 52 et suivantes. Au demeurant l'acquisition de savoir-faire en matière de scoring peut devenir un des motifs de fusions bancaires démontrant un peu plus l'importance de la technique notamment en termes de rentabilité. En ce sens, voir *Le Monde* du 18 avril 1998, page 19, « La course au gigantisme des banques américaines ». En France, la remarque est également vérifiable au regard de l'organigramme mettant en relation sociétés spécialisées dans la distribution de crédit aux particuliers et grandes banques généralistes. Sur cet organigramme, voir rapport Conseil Economique et Social, 2000, page 54.

nombre d'informations considérable sur les entreprises permettant l'attribution de notes. S'il est encore vrai aujourd'hui que chaque banque détient et conserve jalousement son savoir-faire en la matière, certains ¹⁰³⁰ ont souhaité une collaboration entre établissements de crédit et association professionnelle afin de mettre au point un système de score uniforme sur la base d'informations standards. Cet objectif n'est pourtant pas loin d'être réalisé grâce à l'intervention de la Banque de France qui envisage de mettre à disposition des institutions financières son score BDFI, sous forme de boîte noire ¹⁰³¹ fournie sur CD-ROM. Avec cette externalisation du score Banque de France ¹⁰³² ne s'approche-t-on pas d'une catégorisation excessive des entreprises concernées ? En effet, celles qui ne se satisferont pas à la sélection du score ne se verront-elles pas exclure du crédit ? C'est là un risque potentiel d'une standardisation et d'une uniformisation des méthodes des scores, dont le mouvement des concentrations bancaires ne peut qu'accentuer la possibilité de sa survenance. En effet, quand bien même les établissements de crédit décideraient d'utiliser leur propre score, ce qui est actuellement le cas, il y a fort à penser que les bureaux d'analyse du risque chargé d'étudier la solvabilité des entreprises demandeurs de crédit, seront très vite réunis ¹⁰³³. Dès lors, un refus dans une banque entraînera probablement un autre refus dans la banque fusionnée avec la première. Il n'y a rien d'imaginaire là-dedans, on sait déjà que la cotation Banque de France joue un rôle primordial dans la décision d'octroi ou de refus du crédit. Le score BDFI acquerra-t-il les mêmes lettres de noblesse ? Quid de la décision à prendre en cas d'opposition entre cotation Banque de France, score BDFI et/ou score interne ? Toutes ces questions méritent réflexion et seront débattues dans notre seconde partie.

1030 Bernard-Henri GUILHOT, précité, page 46 ; Gérard GALZY, précité, page 30.

1031 C'est-à-dire que l'utilisateur pourra contrôler les données à entrer dans l'ordinateur et obtenir une note score, mais ne pourra en aucun cas pénétrer le système pour en modifier les paramètres. Ce système devra donc assurer l'intégrité du score.

1032 En ce sens, M^{ireille} Bardos, précité, page 32.

1033 En ce sens, C^{écile} DESJARDINS, « Les entreprises craignent les concentrations bancaires », Option Finance, n° 544, 19 avril 1999, pages 4 et 8.

PARTIE 2 LES CONSEQUENCES JURIDIQUES NEES DE L'USAGE DE L'INFORMATION.

412. Problématique. Une fois produite, l'information va, et c'est son but premier, recevoir une affectation, c'est-à-dire servir à prendre la décision d'octroi ou de refus du crédit. En effet, si le banquier a pris la peine jusque là de créer et de développer des techniques d'évaluation de la dignité de crédit aussi fines que sont les scores ou les systèmes experts, c'est bien pour qu'elles l'aident à prendre une décision éclairée, qu'elles l'aident à exercer son discernement. Cette décision prendra, dans le cadre de l'activité bancaire, appui sur l'information rejetée par ces systèmes. A ce stade de l'étude, nous visons donc uniquement l'information qui est issue des traitements opérés par ailleurs. Ce sont donc des conséquences liées à l'usage d'une information dite « résultat », pour reprendre la terminologie employée jusqu'alors, dont il sera ici question. Or, le fait pour le banquier d'utiliser cette information lors de sa prise de décision n'est pas neutre juridiquement. En effet, l'usage de cette information par le banquier constitue l'événement déclencheur d'un certain nombre de conséquences juridiques qui tiennent, d'une part, au mode d'élaboration de l'information ainsi construite, et, d'autre part, à son mode d'utilisation. Le mode d'élaboration ici visé est l'usage de l'outil informatique dans la phase de construction de cette information. L'on pourrait alors se demander pourquoi aborder cette question à ce stade de l'étude, et non pas à celui de sa construction. La raison en est

simple. Les mécanismes juridiques qui seront susceptibles de s'appliquer sont conditionnés à l'opposition de l'information ainsi construite. C'est donc bien l'usage de l'information qui va déclencher les garde-fous prévus par la loi informatique et libertés, et notamment ceux afférents au processus d'élaboration de l'information. De ce point de vue, il paraît alors tout à fait légitime de s'arrêter sur les questions qui peuvent naître de l'usage de l'outil informatique dans la phase spécifique du processus d'élaboration de l'information ou, ce qui reviendra au même, dans le processus de formation de la décision bancaire (titre 1). Cependant, s'arrêter là serait adopter une vision quelque peu incomplète des problèmes juridiques pouvant naître de l'usage de l'information élaborée informatiquement. Envisager la question de l'usage de l'information ainsi construite suppose que l'on s'intéresse également à des aspects davantage prospectifs, et qui résultent de la manière dont cette information aura été utilisée par le banquier. Car, d'une part, l'usage qui peut être fait de l'information-résultat pourrait en pratique ne pas se limiter à un usage purement interne, même si c'est là sa fonction originelle, et, d'autre part, parce que les conséquences juridiques qui peuvent naître de l'usage de cette information ne se résument pas toutes à l'utilisation de l'outil informatique pour son élaboration. En effet, même si certains principes, issus de la loi informatique et libertés, trouveront une fois de plus une place de choix, c'est bien plus de la façon dont aura été utilisée l'information-résultat que naîtra l'essentiel des questions juridiques (titre 2).

TITRE 1 LES CONSEQUENCES JURIDIQUES NÉES DU MODE D'ÉLABORATION DE L'INFORMATION.

413. Décision bancaire et outil informatique : les bases d'un conflit d'intérêts. Au stade de l'élaboration du processus décisionnel l'usage de l'outil informatique n'est pas neutre. Bien au contraire, son intervention dans la phase de formalisation de l'information va entraîner l'enchevêtrement d'un certain nombre de dispositions et principes qui, à les étudier de façon approfondie, ne s'avèrent pas toujours en harmonie. En effet, c'est bien davantage à une confrontation de règles et d'intérêts que l'on aura affaire à ce stade de l'étude plutôt qu'à une succession de normes poursuivant un objectif commun. Les raisons qui peuvent expliquer ce conflit sont de divers ordres.

414. Le fondement du conflit : la confrontation de textes aux philosophies différentes. D'une part, dans ce phénomène, il faut tenir compte de l'évolution de la législation informatique et libertés qui, sous l'influence de la législation européenne, n'est pas allée dans le sens d'une cohérence des plus parfaite. En effet, alors que la loi votée le 6 janvier 1978 visait à protéger le fiché, le citoyen face aux maîtres des traitements informatiques et face aux dangers que l'outil informatique pouvait représenter pour leurs droits et libertés, la directive communautaire du 24 octobre 1995, elle, sans faire fi de la nécessité de protéger les individus face aux utilisations possibles de l'ordinateur, est davantage imprégnée d'une idée de liberté de circulation de l'information, d'une idée de liberté d'entreprendre et donc de savoir, accordée aux responsables des traitements ici en cause. Dans ce schéma de pensée, il n'étonnera donc personne que certaines

dispositions de la directive, visant la protection des droits d'auteur et du secret des affaires, offrent à ce responsable la possibilité de défendre ses intérêts. Or, par l'effet du jeu de la transposition des textes communautaires en droit français, c'est donc tout logiquement que cette philosophie, davantage libérale de la directive, se trouve aujourd'hui discutée au niveau national. Cependant, il paraît également naturel que la coexistence de ces deux philosophies, si l'on s'en réfère à la loi nationale et à la directive, porte en elle les germes de certains conflits liés à ce décalage.

415. L'application des textes à l'activité bancaire ou la concrétisation du conflit.

L'on pourrait légitimement se dire à ce stade de l'analyse que finalement cela ne concerne que les intérêts du fiché face à ceux du responsable du traitement, et que dans ce schéma l'activité bancaire n'est nullement en cause. Cependant, lorsque derrière le fiché se cache le demandeur de crédit et que derrière le maître du traitement informatique se trouve le banquier, les données du problème soudain se modifient et se complexifient.

416. Elles se modifient car en privilégiant le droit à la connaissance et à la contestation des raisonnements utilisés dans le processus informatique, ce n'est plus seulement permettre aux citoyens de contrôler les vérités sorties de l'ordinateur, mais c'est aussi et surtout permettre aux demandeurs de crédit de venir connaître et contester les raisonnements utilisés dans le processus décisionnel du banquier. C'est-à-dire connaître et contester les fondements mêmes de la décision, et par voie de prolongement, c'est venir autoriser la remise en cause même de la décision d'octroi ou de refus de crédit avec tout ce que cela peut engendrer au regard du principe que le banquier est libre et seul maître de sa décision, du moins le pensait-on, et c'est venir autoriser une atteinte au secret des affaires et au droit d'auteur, pourtant consacrés au niveau européen (chapitre 1).

417. Elles se complexifient car, appliqués à l'activité bancaire, les droits reconnus par ailleurs par la législation spécifique à l'informatique vont venir en concours avec des obligations qui résultent, elles, spécifiquement de textes relatifs à l'activité bancaire, à l'instar de ceux afférents au secret professionnel. Ce sont donc l'effectivité et la cohérence de toutes ces législations, et des règles qu'elles établissent, qui sont en cause, et que pourtant il va bien falloir assurer. Dans cette optique, seule une démarche prospective visant à proposer des voies de résolution sera à même de désamorcer les conflits, pour l'heure pendants, que pose la mise en oeuvre effective des dispositions relatives à l'informatique et aux libertés face à la spécificité de l'activité bancaire (chapitre 2).

CHAPITRE 1 L'EMERGENCE D'UN CONFLIT D'INTERETS

418. Position du problème au regard de l'évolution législative en cours. En l'espèce, le nœud du problème se situe dans l'affirmation et la consécration de règles et principes divergents. Ce problème est d'ailleurs compliqué par le fait qu'en la matière l'on se situe, comme nous venons de le souligner, dans une période transitoire du droit, venant mettre en conflit les règles issues de la loi informatique et libertés dans sa formalisation actuelle, les règles de la directive européenne relative au traitement de données, ainsi que celles édictées dans le projet de loi de transposition. Cet état de la législation (actuelle) nous oblige donc à manier concomitamment ces différentes sources du droit, lesquelles, il est

vrai, n'adoptent pas toujours la même philosophie. Cependant, le fait que nous soyons, pour l'heure, en période transitoire n'ôte rien à la problématique soulevée par ces différents textes, et qui devrait perdurer même après l'adoption de la nouvelle loi informatique et libertés. Cette situation a simplement pour effet, par l'enchevêtrement des normes qu'elle opère, de complexifier une analyse qui se veut avant tout prospective.

419. Problématique. L'étude que nous nous apprêtons à mener vise précisément à identifier en quoi la mise en oeuvre effective de l'article 3, notamment, peut venir perturber, mais également être perturbée par l'application de normes protégeant les intérêts des responsables des traitements. En fait, cette problématique est ici double et résulte de la confrontation de deux séries de mesures : celles qui visent la protection du fiché et celles qui visent, à l'opposé, la protection des intérêts des responsables des traitements.

420. L'article 3 et la protection des intérêts économiques et moraux du banquier. En effet, alors que l'article 3 de la loi informatique et libertés offre le droit pour toute personne fichée de connaître et de contester les informations et les raisonnements à la base des systèmes, la directive, elle, prévoit, dans son dispositif préambulaire, que ce même droit ne peut venir porter atteinte ni au secret des affaires ni aux droits d'auteur du responsable du traitement. Ces droits, reconnus au maître du traitement informatique, sont il est vrai uniquement repris par le projet de loi de transposition dans sa partie relative aux droits d'auteur. Même si nous verrons que rien, en droit français, ne s'oppose à ce que le secret des affaires trouve également à s'appliquer. Ces droits consacrent en même temps la légitimité pour les responsables des traitements de protéger leurs intérêts économiques et commerciaux, et portent de sévères limites à l'application sereine de l'article 3.

421. L'article 3 et la protection de la liberté de décision du banquier. Ces limites se trouvent accentuées par le fait que dans le même temps il existe un point d'achoppement entre ce même article 3 et certains principes directeurs propres à l'activité bancaire, et plus précisément à l'activité de distribution du crédit, dont celui qui veut que le banquier soit libre de sélectionner et de prendre ses décisions d'octroi ou de refus de crédit, et qu'il n'existe pas de droit au crédit. Il est vrai qu'une analyse stricte du sens que peuvent revêtir les termes spécifiés à l'article 3, notamment, nous conduit indéniablement au risque de porter atteinte à ces intérêts fondamentaux. En effet, lorsque, comme dans notre cas, l'activité du maître du traitement se trouve être la distribution du crédit, des dispositions telles que celles énoncées à l'article 3, permettront, si elles sont correctement appréhendées, de venir pénétrer le processus de formation de la décision par le biais du droit d'accès, risquant par la même occasion de venir remettre en cause, via le droit de contestation, les fondements mêmes de la décision bancaire et ainsi porter atteinte au principe que le banquier est libre de prendre sa décision. C'est bien à cette conclusion que nous serons forcés d'arriver si nous voulons donner un sens et une portée pratique aux dispositions contenues dans l'article 3. Mais, il est exact que dans une démarche de recherche d'effectivité de cette règle, l'on consacre du même coup un cas d'atteinte à la liberté de décider, de sélectionner.

422. L'article 3 et les principes de confidentialité et de secret professionnel bancaire. La même remarque peut d'ailleurs être faite si l'on confronte l'article 3 d'une

part, à la règle issue de la même loi et qui veut que le responsable du traitement concerné conserve la confidentialité des informations qu'il a recueillies et qu'il traite pour la bonne marche de ses opérations, et, d'autre part, à l'obligation qui veut que le banquier soit tenu au respect du secret professionnel. En effet, comme nous l'avons vu, il n'est pas impossible que lors de l'élaboration de l'information, le banquier ait utilisé des informations relatives à des tiers liés au demandeur de crédit. Dans cette hypothèse bien précise, là encore, la mise en oeuvre effective de l'article 3 pourrait, si on n'y prend garde, mettre au jour un nouveau risque d'atteinte à des règles pourtant consacrées légalement.

423. Des conflits inévitables. L'usage de l'outil informatique, par le banquier, dans le processus d'élaboration de la décision, conduit donc à l'émergence d'un certain nombre de conflits d'intérêts et de règles. Entre la nécessité d'assurer la protection des droits des personnes fichées et la nécessaire protection des intérêts des responsables, entre la nécessité d'assurer la protection des intérêts du demandeur de crédit et la nécessité d'assurer la protection des intérêts des établissements de crédit, entre la nécessité d'assurer l'accès du demandeur de crédit aux informations et aux raisonnements utilisés dans le processus décisionnel et la légitimité des établissements de crédit à protéger leurs intérêts économiques et moraux, via les notions de secret des affaires et de droits d'auteur, entre la nécessité d'offrir une possibilité de contestation ou une possibilité de faire valoir son point de vue et la nécessité de préserver la liberté de décision du banquier.

424. Plan. Pour saisir toute la portée des problèmes ici brièvement soulevés, il nous faudra, dans un premier temps, nous intéresser au sens à donner aux termes « droit à la connaissance et à la contestation des informations et des raisonnements » utilisés dans le processus de formation de la décision (sous/chapitre 1) ; pour, dans un second temps, étudier quels peuvent être les obstacles, mais aussi les intérêts à protéger, pouvant venir contrecarrer la mise en oeuvre effective de l'article 3 qui apparaîtront alors comme autant de moyens de protection des intérêts légitimes des établissements de crédit (sous/chapitre 2) à tenir secrètes leurs méthodes de prise de décision et ainsi conserver leur liberté de décision.

SOUS/CHAPITRE 1 LE DROIT A LA CONNAISSANCE ET A LA CONTESTATION DU PROCESSUS DECISIONNEL.

425. Objectifs de la loi. Il est évident que le législateur a voulu, par l'article 3, percer les secrets que certains pouvaient détenir sur les individus, et ce par le truchement de l'ordinateur. Et l'on peut voir dans cette intention deux objectifs principaux corrélés. En effet, en donnant à chaque citoyen la possibilité de savoir et de contester les vérités sorties de l'ordinateur, on permet certes de rétablir, si de besoin, la vérité sur soi, sur sa situation réelle, mais aussi, indirectement, on permet un rééquilibrage des forces. C'est établir un système de contre-pouvoir face au modèle de pensée mis en place, *a priori*, par les puissantes officines telles que les établissements de crédit.

426. Vérité sur soi. L'importance de ce premier objectif nous semble parfaitement résumée dans la formule employée par Messieurs Missika et Faivret pour qui « Nous

avons tous... raison de refuser de nous reconnaître dans les termes standardisés et homogènes par lesquels un pouvoir, quel qu'il soit, voudrait nous définir et nous cataloguer. Nous ne sommes pas des formules algébriques »¹⁰³⁴. Est ici rappelé, nous semble-t-il, le principe fédérateur de la loi de 1978, selon lequel, « L'informatique doit être au service de chaque citoyen », et ne doit pas « porter atteinte ... à l'identité humaine ». Or, la normalisation, la catégorisation des individus et des situations par des modèles préétablis par l'ordinateur, serait, à défaut de possibilité d'intervention humaine, une atteinte à l'essence même de la loi. Autoriser l'accès non seulement aux informations personnelles mais également aux raisonnements et surtout en permettre la contestation, n'est-ce pas introduire implicitement une seconde forme de contrôle ? N'est-ce pas instaurer un contre-pouvoir face aux concepteurs des modèles informatiques ?

427. Un contre-pouvoir. Car, en effet, en permettant cela le législateur a bien entendu faire participer les individus à l'élaboration des décisions (même si la contestation ne peut intervenir qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après que le résultat de l'ordinateur soit opposé à la personne) qui comportent des conséquences à son égard. Il y a là certainement l'expression d'un contre-pouvoir. Pour s'en convaincre, prenons l'exemple d'une décision de crédit-scoring. Il semble parfaitement acquis aujourd'hui que la décision d'octroi ou de refus d'un crédit reste fondamentalement du métier de banquier¹⁰³⁵. La décision appartient au banquier, elle fait partie d'une gestion purement interne des opérations de crédit. Et pourtant, en permettant l'intervention du demandeur, par le dispositif de l'article 3, dans les fondements mêmes de la décision, n'y a-t-il pas volonté de remettre en cause ce qui paraissait, jusqu'à présent, faire partie du domaine exclusif des établissements de crédit ? Et par voie de conséquence n'y a-t-il pas l'ambition de mettre en oeuvre un véritable contre-pouvoir face à ceux qu'on estime détenteurs privilégiés de l'information¹⁰³⁶ et du savoir ?

428. Un contre pouvoir instauré par une possibilité d'immixtion. Nous pensons pour notre part que tel a été l'objectif du législateur même s'il ne pensait pas, à l'époque, précisément à l'extraordinaire développement qu'allait connaître la technique du crédit-scoring. Or, face au formidable domaine de prédilection que trouve l'article 3 dans ce type de système, il faut saluer l'inspiration des instigateurs de la loi qui pourrait presque s'apparenter au don de pythonisse. Ainsi s'exprimait Bernard TRICOT¹⁰³⁷, « ... ce n'est pas nous qui ferons les programmes de traitement, ce n'est pas nous qui choisirons les facteurs, ce n'est pas nous qui les pondérerons, ce n'est pas nous qui arrêterons les raisonnements que l'ordinateur fera avec secret et rapidité avant d'aboutir à

¹⁰³⁴ Citée par André VITALIS, « Informatique, pouvoir et liberté », 2ème édition, Economica, page 114.

¹⁰³⁵ Sur cette question, voir nos développements prochains sur les risques liés à une lecture trop extensive de l'article 3, *infra* n° 542 et suivants, spécialement n° 552 à 557.

¹⁰³⁶ En ce sens, voir les propos d'Alain PEYREFITTE, JO débats, Assemblée nationale, séance du 4 octobre 1977, page 5787 et page 5788, reprenant les paroles d'Aldous HUXLEY. Voir aussi, JO débats, Sénat, séance du 17 novembre 1977, page 2757, colonne n° 1, et page 2752, colonne n° 1.

¹⁰³⁷ Rapporteur de la commission informatique et libertés.

tel ou tel résultat »¹⁰³⁸. En effet, la rigueur des modèles traités par informatique donne aux spécialistes une influence considérable dans les choix des critères à prendre en considération. Ces choix seront difficiles à contester, l'individu étant tenu, pour large partie, dans l'ignorance des logiques et des raisonnements utilisés pour aboutir à la décision. Le législateur, conscient de ce danger, a donc, par l'élaboration de l'article 3, initié un mouvement visant à rompre ce voile opaque que constituent les traitements informatiques secrets et qui rend toute participation et critique du modèle illusoire. Or, en permettant l'accès et aux informations à la base du traitement, et aux programmes à la base de ces décisions, ainsi qu'une possibilité de contestations de ces informations et de ces raisonnements, le législateur a permis¹⁰³⁹ une sorte d'immixtion de chaque citoyen dans les décisions qui ont de l'importance pour lui. C'est ici reprendre l'idée d'André VITALIS¹⁰⁴⁰ selon lequel, « Dans la mesure où ces choix affectent la vie quotidienne de chacun, ils ne doivent pas être laissés à la discrétion d'une mince élite (ainsi) l'intervention d'un plus grand nombre de personnes dans le processus décisionnel, est de nature à contrebalancer le poids des considérations administratives et commerciales ». Cette conception de ce qui devrait être le rapport de forces entre individus et institutions privées ou publiques, fondement de l'article 3, a d'ailleurs trouvé, près de quinze ans plus tard, un formidable écho au niveau européen.

429. Esprit du texte européen. En effet, à lire les commentaires sur le projet de directive européenne nous pouvons lire que « Cette décision (interdictions des appréciations du comportement sur le seul fondement d'un traitement informatique)¹⁰⁴¹ vise à protéger les droits de la personne concernée à participer au processus de prise de décisions qui ont de l'importance pour elle. L'utilisation de profils de données détaillées sur les particuliers par de puissantes institutions publiques et privées enlève aux particuliers la capacité d'influencer les processus décisionnels de ces institutions, si des décisions sont prises sur le seul fondement de leur profil de données »¹⁰⁴². Ces propos sont évidemment parfaitement transposables aux dispositions de l'article 3 de notre actuelle législation et de l'article 12 de la directive¹⁰⁴³. C'est dire que la philosophie à l'initiative de l'adoption de l'article 3, loin de dépérir avec le temps, a trouvé un véritable

¹⁰³⁸ Propos de Bernard TRICOT, cité par André VITALIS, précité, page 160, note 1.

¹⁰³⁹ Ou devrait permettre une sorte d'immixtion ou plutôt, devrions nous dire, de participation. Car, à l'heure actuelle les ressources de l'article 3, comme nous le verrons, restent très peu utilisées.

¹⁰⁴⁰ André VITALIS, précité, page 208 ; dans le même sens, page 205 ; voir aussi sur cette vision, Marie-Christine HENRY-MEININGER, *in* ouvrage, « Informatique et droit en Europe », acte du colloque organisé par la faculté de droit, centre d'informatique appliquée au droit, Université libre de Bruxelles, les 14, 15 et 16 juin 84, Bruxelles : Bruylant, 1985, page 342 et suivantes, spécialement pages 350 et 358 ; Jean-Louis BERGEL, « Informatique et légistique », Dalloz, 1987, chronique, page 171, selon lequel, « L'informatique ne doit pas imposer des solutions par un tri purement automatique et de simples déductions logiques. Les principes axiologiques, les choix d'opportunité... ne peuvent se laisser étouffer sous une insensible cybernétique ».

¹⁰⁴¹ C'est nous qui ajoutons la parenthèse.

¹⁰⁴² COM (90) 314 final - SYN 287, 13 novembre 1990, précité, page 31.

second souffle avec l'adoption de la directive communautaire. Néanmoins, à ce stade de l'étude, les dispositions contenues dans l'article 3 restent encore relativement floues, ce qui ne nous permet pas d'en apprécier la réelle portée tant théorique que pratique.

430. Problématique. Or, l'article 3 accorde deux droits indissociables : un droit d'accès et un droit de contestation. Deux questions en découlent : Quel contenu, quelle signification accorder à ces termes ? C'est alors poser la question de l'étendue du droit d'accès et de contestation. Qui peut bénéficier de ces droits ? C'est la question du champ d'application *ratione personae* de l'article 3. Cette dernière question n'aurait guère d'intérêt à être posée si la loi de 1978 avait choisi de protéger indistinctement personnes physiques et personnes morales. Mais, en choisissant d'exclure ces dernières de son champ d'action, elle les a privées d'une source de protection précieuse. Pourtant, et comme nous le verrons, celles-ci ne méritent pas moins, si ce n'est plus encore que les personnes physiques une protection de leur personnalité. En effet, peut-être plus que les personnes physiques, les personnes morales sont sujettes à l'informatisation et par voie de conséquence à la réduction, à la catégorisation préjudiciable à leur crédit. C'est pourquoi, après avoir montré dans un premier temps la matière que peut viser le droit d'accès et de contestation (section 1), il sera intéressant, dans un second temps, de s'arrêter sur le sort réservé aux personnes morales, notamment au travers le spectre de la philosophie de la loi de 1978 (section 2). Reste que pour son application, l'article requiert qu'une condition préalable soit remplie. Cette condition c'est, comme le dit le texte, la nécessité qu'un résultat soit opposé à la personne. En effet, si l'établissement de crédit après avoir établi la note ne l'oppose pas au demandeur de crédit, il sera impossible pour ce dernier d'invoquer une quelconque protection due au titre de l'article 3. L'étude préliminaire du sens à donner à cette formule devient donc primordiale (section liminaire).

SECTION liminaire. L'opposition d'un résultat.

431. Problématique. La difficulté qui est ici à résoudre est de savoir ce qu'il faut exactement entendre par opposition d'un résultat. Finalement quand pourra-t-on dire que l'établissement de crédit aura opposé un résultat informatique au candidat à l'emprunt ? Si cette condition d'opposition peut, de prime abord, paraître évidente, il faut rester vigilant. En effet, ce qui est surprenant s'agissant de cette condition, c'est que la législation au plan communautaire ne l'exige pas expressément. C'est dire qu'en pure théorie un individu pourrait demander l'accès aux informations et aux raisonnements du système score, sans pour autant que le résultat lui ait été opposé. L'on comprend alors que cette hypothèse demeure quelque peu artificielle, et qu'en pratique ce ne sera que dans le cas où la personne aura à subir les effets du résultat score qu'elle trouvera intérêt à agir. En dehors, les informations et les raisonnements à la base des scores doivent rester hors d'atteinte du demandeur de crédit, du moins dans le cas des résultats score. Reste donc à savoir si, à la différence de notre droit national actuel (I), l'absence d'opposition de résultat au plan communautaire est la marque d'un simple oubli ou la marque de ce qui relève de l'évidence, de l'implicite (II).

¹⁰⁴³ Equivalant ou presque de notre article 3, dont nous verrons la portée exacte par rapport à cette dernière disposition, *infra* n° 438 et suivants.

I Au niveau national.

432. Condition préalable : l'opposition des résultats. Dans le cadre de l'article 3, l'accès aux informations nominatives résultats suppose donc que ces derniers soient opposés à la personne ¹⁰⁴⁴. En effet, malgré leur caractère nominatif, ce que, au demeurant, l'article 3 n'exige pas, l'accès aux informations du traitement serait impossible à défaut d'utilisation du résultat dans la prise de décision. A ce propos, nous avons déjà eu l'occasion de faire état d'une délibération de la CNIL faisant application de cette condition ¹⁰⁴⁵. Ainsi, à se référer à la délibération n° 80 - 10 du 1^{er} avril 1980, il est clairement établi que « Le responsable du traitement n'est pas tenu de donner suite aux demandes concernant les catégories d'informations suivantes :

- informations estimatives ou prévisionnelles tant que celles-ci ne sont pas opposées à la personne concernée » ¹⁰⁴⁶. Nul doute qu'une note score puisse entrer dans le champ de cette mesure, celle-ci correspondant effectivement à l'estimation de la capacité de remboursement pour un individu donné. La même observation semble pouvoir être formulée s'agissant cette fois des systèmes experts. Ces derniers, même si le plus souvent ne formulent pas leurs résultats sous forme chiffrée, apportent une opinion, un jugement sur les qualités du demandeur de crédit que l'on peut largement assimiler à une estimation ou à une prévision. Dès lors, l'on doit considérer que l'édition d'un simple résultat, même s'il est attaché nominativement et directement à une personne déterminée, est, en principe, inapte à déclencher l'application des droits accordés par l'article 3, à défaut d'opposition à la personne. Mais alors, s'agissant de cette dernière condition l'on est en droit de se demander ce qu'il faut comprendre par les termes : « dont les résultats lui sont opposés ». Autrement dit, quand pourra-t-on dire qu'un résultat a été opposé à une personne ?

433. Plan. Selon nous, l'opposition des résultats peut se présenter sous deux formes. L'une que nous qualifierions de directe (A), et l'autre d'indirecte ou par ricochet (B).

A Opposition directe du résultat.

434. Problématique. Cette hypothèse recouvre les cas où le résultat du traitement sera pris en compte dans une décision, par l'établissement de crédit, pour faire droit ou non à une demande de la personne. L'opposition suppose donc qu'il y ait eu une utilisation du résultat dans la décision finale. La question est alors de savoir si ce résultat doit intervenir de façon principale dans cette décision ou s'il peut n'interférer que de façon incidente.

435. Simple utilisation ou nécessité d'un impact significatif ? Le texte de l'article 3 n'opère *a priori* aucune distinction de ce genre. Il faut donc supposer qu'une quelconque

¹⁰⁴⁴ *Ibidem* ; Pierre KAYSER, « La protection de la vie privée par le droit : la protection du secret de la vie privée », 3e édition, Economica, 1995, n° 289-1, page 491.

¹⁰⁴⁵ Voir *supra* n° 160.

¹⁰⁴⁶ Voir Jean FRAYSSINET, Répertoire Dalloz pénal, étude, « Informatique et libertés », n° 17, page 4.

intervention du résultat dans la décision puisse autoriser l'application des dispositions de l'article 3. Cependant, l'on nous permettra de douter d'une lecture aussi simpliste.

En effet, il semble qu'il faille plutôt considérer que la mise en oeuvre de l'article 3 (disposition assez lourde) suppose que le résultat issu du traitement ait une influence significative, si ce n'est déterminante, dans la décision. Car, en cas inverse, il faut admettre que ce ne serait pas le résultat du traitement informatisé qui serait à proprement parlé opposé à la personne, mais bien d'autres considérations étrangères au traitement en question. Ainsi, dans le cadre d'une décision d'octroi ou de refus de crédit, il faut supposer que la décision en question ait été prise grâce à l'utilisation du traitement automatisé (crédit-scoring par exemple), c'est-à-dire sur la base de la note score¹⁰⁴⁷. Or, il ne nous semble pas du tout évident que l'on puisse dire qu'une décision ait été prise sur la base d'une note score, si cette dernière n'est intervenue qu'incidemment dans celle-ci. Dans ce dernier cas, il ne nous apparaît pas opportun de considérer que le résultat a été opposé au demandeur de crédit. L'opposition suppose, selon nous, qu'un lien suffisamment étroit existe entre la décision et le résultat. Ainsi, une vague référence à une note score ou à une appréciation issue d'un système expert, sans que son poids, dans la décision, se soit avéré, sinon déterminant, au moins significatif, ne peut justifier l'application de l'article 3. En somme, afin de pouvoir dire qu'un résultat a été ou est opposé à une personne, on devrait rechercher, auparavant, la part qu'a eu ce traitement, ce résultat, dans la décision finale.

436. Un impact suffisamment caractérisé. Dès lors, et selon nous, à défaut d'intervention suffisamment caractérisée du résultat dans la décision, l'opposition, telle qu'exigée par l'article 3, ne serait, à son tour, pas réellement établie¹⁰⁴⁸. Le projet de loi de transposition de la directive 95/46/CE illustre parfaitement cette problématique puisque l'information de la personne ne peut avoir lieu qu'« ...en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci (le traitement automatisé) et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé »¹⁰⁴⁹. Cependant, ne nous y trompons pas, qu'un lien suffisamment étroit soit exigé entre le résultat et la décision finale, ne signifie en aucune façon que soit exigé que cette dernière soit prise par le responsable du traitement lui-même. En d'autres termes, l'opposition pourrait être parfaitement établie dans le cas où le résultat sera, dans un premier temps, transmis à un tiers, et dans un second temps, utilisé par ce même tiers pour fonder sa décision envers la personne concernée par ce résultat.

B Opposition indirecte du résultat (par entremise d'un tiers).

437. Cas d'application. Le schéma qui vient d'être décrit ne correspond pas à une pure

¹⁰⁴⁷ En ce sens, voir Répertoire Dalloz, précité, n° 178, page 18.

¹⁰⁴⁸ Et, il n'y a, dans ce propos, aucune contradiction avec le principe d'humanité des décisions prôné par l'article 2 de cette même loi. En effet, il serait faux de déduire du caractère obligatoire de l'intervention humaine (dans les cas de traitement informatique ayant pour objet la définition du profil de comportement) que des décisions puissent ne pas être fondées, principalement, sur un traitement automatisé caractérisant, de ce fait, l'opposition du résultat.

¹⁰⁴⁹ Article 39-I, 4° tel que modifié le 29 avril 2004 en deuxième lecture par l'Assemblée nationale.

hypothèse d'école, mais a pu être constaté dans la pratique. En effet, une affaire jugée par la Cour d'appel de Rennes avait mis au jour une pratique d'un établissement de crédit consistant à transmettre à des tiers des listes de clients estimés à risques. Plus précisément, le directeur de l'établissement bancaire en question s'était arrogé le droit de communiquer à plus de 300 commerçants une liste informatique de 900 personnes identifiées par leur nom, leur adresse et un code informatique interne à la banque. Ce listing était également accompagné d'une lettre qui désignait ces personnes comme présentant un risque quant à l'octroi d'un éventuel crédit. Outre les aspects de violation du secret professionnel, et de manquement à la sécurité informatique, il est intéressant de noter que les commerçants - lesquels avaient reçu délégation les autorisant à octroyer des prêts d'une certaine somme - s'appuyaient sur la liste pour octroyer ou refuser le prêt demandé. Autrement dit, c'est bien sur la base du risque calculé par l'établissement de crédit (en interne) que les décisions intervenaient. Certes, l'histoire ne nous dira pas si le calcul de ce risque se fondait sur un traitement automatisé d'informations nominatives. Cependant, il ne serait pas étonnant, s'agissant de ce mode de distribution du crédit, de voir derrière l'évaluation du risque un système de crédit-scoring¹⁰⁵⁰. Et si tel avait été le cas, n'est-il pas légitime de considérer que les dispositions de l'article 3 aient vocation à s'appliquer ? En effet, n'est-on pas en droit d'admettre qu'il y a eu opposition du résultat d'un traitement informatique à la personne exclue du crédit par exemple ? Une réponse affirmative nous semble parfaitement cohérente. Car, en définitive, peu importe que le résultat soit opposé directement par le responsable du traitement ou par le truchement d'un tiers. L'article 3 n'opère d'ailleurs pas une telle distinction, et il semble, pour l'espèce, inopportun de la faire. Nous pouvons donc conclure en toute sérénité que les droits reconnus par l'article 3 peuvent aussi bien être invoqués tant à l'égard du responsable du traitement que de son mandataire ou partenaire commercial. Cependant, il ne faut pas se voiler la face, certaines difficultés pratiques sont à craindre dans ces cas de figure. En effet, encore faut-il que le demandeur de crédit refoulé sache que la décision de refus est fondée sur le résultat du traitement informatique, ce qui est un autre problème¹⁰⁵¹. Mais, outre cette question délicate relative¹⁰⁵² à cette forme d'opposition que nous pourrions qualifier d'opposition par ricochet, se dessine cette fois, au niveau communautaire une autre conception de l'application des dispositions assimilables à celles de l'article 3 : l'absence d'une condition d'opposition.

II Niveau européen.

438. Directive européenne et opposition du résultat non exigé. En effet, si on lit l'article 12 du texte communautaire, et tout spécialement son paragraphe a/, on pourra alors s'apercevoir qu'il est seulement exigé que :

« Les États membres garantissent à toute personne le droit d'obtenir du responsable

¹⁰⁵⁰ Ou un système expert ou une segmentation comportementale.

¹⁰⁵¹ Dont nous aurons l'occasion de discuter lorsque nous aborderons la question de l'effectivité de l'article 3. Voir *infra* n° 451.

¹⁰⁵² Mais non spécifique. En effet, nous verrons également qu'en matière de segmentation comportementale le problème se pose dans ces mêmes termes.

du traitement : a/ sans contrainte, à des intervalles raisonnables et sans délai ou frais excessifs ... la connaissance de la logique qui sous-tend tout traitement automatisé des données la concernant, au moins dans le cas des décisions automatisées à l'article 15 paragraphe 1 ».

439. Lecture stricte. A première lecture, le texte paraît beaucoup moins restrictif que notre actuel article 3, puisque nulle part il est dit que le résultat du traitement automatisé doit être opposé à la personne. Tout juste est-il fait référence, par la dernière incise, aux décisions automatisées prises sur le fondement d'un programme ayant pour objectif l'évaluation du comportement de la personne. Et, il est vrai que de ce point de vue l'article 12¹⁰⁵³ laisse entrevoir, au moins implicitement, que c'est dans les cas où la décision aura été opposée au demandeur de crédit, par exemple, que « la connaissance de la logique qui sous-tend » le traitement visé par l'article 15 sera possible et utile. Mais soyons néanmoins prudents quant à l'interprétation du renvoi à l'article 15. En effet, il ne s'agit pas d'un renvoi à l'interdiction d'une prise de décision sur le seul fondement d'un traitement automatisé ayant, par exemple, pour finalité l'évaluation du crédit d'une personne, mais d'une simple référence, non exhaustive, à ce type de traitement. A défaut d'analyser autrement la phrase, il y aurait une contradiction dans les termes de la directive. D'un côté, par l'article 15, elle interdirait la prise de décision sur le seul fondement d'un tel traitement, et de l'autre, par l'article 12, elle autoriserait dans cette hypothèse - interdite - la connaissance de la logique qui sous-tend le traitement. Il faut donc comprendre la dernière partie de phrase du paragraphe a/ de l'article 12, comme un droit d'accès à la logique du traitement « destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, son crédit... », et qui pourrait, par exemple, être incarné par un système de crédit-scoring.

Faisons remarquer que l'expression « au moins », employé par la directive, implique que le droit d'accès, reconnu par son article 12 a/, trouvera, au minimum, à s'appliquer pour cette forme de traitement informatique, et nous pourrions même ajouter tout particulièrement à ce type de traitement. En effet, par les termes « au moins », il semble que le législateur européen ait voulu montrer du doigt ces traitements. Comme si ces derniers devaient, spécialement, ne pas échapper au contrôle des bénéficiaires du droit. Reste qu'une fois soulignée l'importance de la connaissance de la logique de ces traitements, l'article 12 n'exige aucune condition d'opposition du résultat à la personne pour son application. En théorie donc une personne pourrait avoir accès aux logiques de tout traitement automatisé quand bien même aucun résultat ne lui serait directement opposé. Par exemple, il devrait lui être possible d'avoir accès à la logique d'un traitement de segmentation comportementale sans pour autant avoir eu à démontrer que le segment lui a été opposé. Il pourrait en être de même, toujours théoriquement, pour l'accès au système score ou au système expert si une note ou une opinion devait sortir de ces derniers. La seule condition qu'exige l'article le 12 a/ c'est que les données traitées concernent la personne. Il faut entendre par là qu'il doit s'agir de données nominatives telles que nous les avons définies¹⁰⁵⁴. En pure théorie nous devons reconnaître que

¹⁰⁵³ Décisions visées au premier alinéa de l'article 15, voir *infra* n° 963 et suivants.

¹⁰⁵⁴ Voir *supra* n° 133.

l'accès aux logiques informatiques, ouvert par la directive, couvre un panel quasi sans limite de traitement informatique. En ce sens nous pourrions dire que le droit reconnu au niveau communautaire s'apparente beaucoup plus à notre article 34, qu'à notre article 3¹⁰⁵⁵. A la seule différence, de taille, que l'accès ne se limite pas aux simples informations nominatives, mais s'étend à la logique même du traitement de ces données. Cependant, nous ne pouvons nous empêcher de penser qu'en pratique l'accès aux logiques informatiques se limitera aux seuls cas d'opposition du résultat.

440. L'opposition d'un résultat : une nécessité pratique. En effet, hormis peut-être l'hypothèse de la segmentation comportementale¹⁰⁵⁶ où il peut être utile à la personne d'accéder aux logiques en vue de la correction du résultat, nous percevons assez mal l'intérêt d'un accès à la logique d'un système de crédit-scoring ou expert par un individu dont la note score ou l'appréciation du système expert ne lui serait pas opposée au sens où nous l'avons entendu¹⁰⁵⁷. Ces propos relèvent selon nous de l'axiome. Et à consulter le projet de transposition de la directive 95/46/CE, il nous est possible de lire à l'article 39 - I que : « Toute personne physique... a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir : [...] 4°) les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé ». Cette dernière incise n'est en fait que le synonyme de l'expression « opposition du résultat ». Elle a cependant le mérite d'être plus précise et plus intelligible¹⁰⁵⁸. C'est dire qu'au niveau national, le législateur n'entend visiblement pas déroger à cette condition préalable. Et on doit lui en rendre hommage. Reste à savoir, une fois cette condition préalable remplie, à quels droits pourra prétendre le demandeur de crédit.

SECTION 1 Les droits visés par l'article 3.

441. Problématique. Une fois opposé le résultat à la personne, l'article 3 offre à cette dernière le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés pour aboutir à ce résultat. Mais quelle matière faire entrer dans cette formule ? Que faut-il entendre par « informations » et « raisonnements » ? Ces deux mots regroupent-ils le même contenu, ce qui ferait alors apparaître une redondance inutile dans le texte ? Ou,

¹⁰⁵⁵ Nous ferons remarquer à ce titre que l'article 12 lui-même, intitulé, « Droit d'accès », est le seul article de la section V portant le titre, « Droit d'accès de la personne aux données ».

¹⁰⁵⁶ Celle-ci faisant office de notation quasi-permanente, utilisée pratiquement au quotidien pour accorder des services ou des produits au client. Il paraît effectivement assez pertinent que chaque individu puisse avoir accès aux logiques sans forcément attendre une opposition ponctuelle. L'idée serait alors de dire que nous avons, avec ce traitement, une sorte d'opposition, pendante, comme pourrait l'écrire un civiliste, qui justifierait l'accès. Sur ce point, voir *supra* n° 202 et suivants.

¹⁰⁵⁷ Voir *supra* n° 432 et suivants.

¹⁰⁵⁸ Reste à savoir si cette expression adoptée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale, sans grands débats d'ailleurs (Séance du 29 avril 2004, amendement n° 46) sera conservée par le Sénat. Nous nous en tiendrons donc, pour plus de simplicité, à l'expression adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat, et reprenant substantiellement les termes « opposition du résultat ».

au contraire, l'usage de ces deux termes a-t-il une fonction bien précise ? La réponse à ces questions (I) est essentielle car de celle-ci dépend l'étendue de la contestation possible de la part du demandeur de crédit. En effet, d'un accès plus ou moins large de la personne au contenu des systèmes scores ou experts découlera directement un droit à la critique de la décision également plus ou moins étendue (II).

I Un droit d'accès.

442. Plan. Ce droit d'accès est gouverné par un principe qui veut que la personne ait accès à un cercle d'informations particulièrement large. En effet, l'article 3 étant rédigé de façon générale, *a priori* l'on est en droit de considérer que toutes les informations, qu'elles soient nominatives ou non nominatives, sont visées par ce dernier (A). Cependant, si la lecture de l'article 3 ouvre un droit d'accès que l'on peut qualifier de, d'ores et déjà, excessivement vaste, certains effets correcteurs, tenant soit de la volonté du législateur lui-même, soit de celle des établissements de crédit, viennent limiter, plus ou moins légitimement, ce droit d'accès, et donc de contestation (B).

A Le domaine d'action du droit d'accès.

443. Démarche. L'article 3 autorise toute personne à connaître et contester les informations ou les raisonnements utilisés dans les traitements dont les résultats lui sont opposés. La généralité des termes employés dans l'article 3 laisse à penser que ce dernier ouvre un accès à des informations de toute nature, sans limitation aucune. Il est vrai, qu'en soit, l'affirmation n'est pas fautive. Ainsi, et tel que le suggère l'article 3, il semble qu'un *distinguo* soit à opérer entre d'une part, les informations nominatives utilisées dans le traitement et, d'autre part, les raisonnements qui sont à la base même du traitement des informations. Nous pouvons donc dire qu'il existe, en quelque sorte, un double degré de curiosité. Le premier niveau étant constitué par l'accès aux informations que l'on peut qualifier, en termes généraux, d'attachées directement à la personne (1°). Le second niveau, lui, concernerait bien plus les informations ou les données liées au programme informatique (2°). C'est par cette dernière prérogative que l'article 3 apparaît comme novateur. Car, force est de le reconnaître, le premier degré d'accès, comme nous le verrons, ressemble étrangement au droit d'accès reconnu par les articles 34 et suivants de la loi de 1978.

1° Informations nominatives.

444. Plan. Selon nous, s'agissant des traitements automatisés d'aide à la décision, le qualificatif « nominatif » trouve à s'appliquer à deux types d'informations. Celles que nous avons qualifiées de données brutes ¹⁰⁵⁹ (a./), mais également celles qui naissent du traitement des premières, dans le cas du crédit-scoring, la note score, et que nous pouvons désigner sous l'expression : information-résultat (b./).

a./ Les informations brutes.

445. Démarche. Si, *a priori*, la question de l'accès aux informations brutes ne pose,

¹⁰⁵⁹ Voir *supra* n° 20 et 123.

en soi, guère de difficulté, elle devient beaucoup plus délicate à traiter lorsqu'on la met en relation avec les dispositions consacrant le droit d'accès général reconnu à l'article 34. Il semble en effet, pour assimiler toute la portée des règles édictées à l'article 3, que l'on ne puisse faire l'économie d'une confrontation de ces deux textes qui, s'agissant des informations brutes, comportent certaines similitudes (a-1), au point qu'il est parfois difficile, à l'instar de ce qu'a décidé la CNIL en matière d'accès aux traitements de segmentation (a-2), d'exercer un droit sans que soit, indirectement, mis en œuvre l'autre.

a-1 L'imbrication entre droit d'accès général et droit d'accès de l'article 3.

446. Une similitude apparente des dispositions des articles 3 et 34. D'après l'article 3, toute personne qui le désire doit pouvoir connaître les informations utilisées dans le traitement. Il est alors indéniable que l'individu qui s'est vu opposer un résultat sorti de l'ordinateur, doit pouvoir avoir accès aux informations qui le concernent directement, c'est-à-dire aux informations qu'il a personnellement ou non fournies et qui se retrouvent traitées par le système. Concrètement, l'individu doit avoir accès à des informations telles qu'âge, revenus, sexe, situation matrimoniale ..., que celles-ci aient été récoltées soit directement auprès de la personne (questionnaire) soit par le biais d'autres canaux (fichiers internes, fichiers communs, tiers...). Il paraît évident que cette forme d'accès aux informations brutes se rapproche très sensiblement, pour ne pas dire s'identifie, à celle qui est reconnue par l'article 34. Pourtant, l'interprétation des termes de l'article 3 devrait nous permettre de lever le doute quant à certaines interrogations¹⁰⁶⁰.

447. Droit d'accès général. En effet, s'agissant du droit d'accès reconnu à l'article 34, la question s'est posée, compte tenu de l'imprécision de la loi, de savoir si, dans les cas des traitements informatiques type crédit-scoring ou système expert qui aboutissent au rejet de résultats ou d'opinions, il était possible, pour l'individu, d'accéder aux informations (nominatives) à l'origine de ces résultats ou de ces opinions. Il a été répondu¹⁰⁶¹ que dans ce cas, il devait y avoir communication, non seulement des informations-résultats, mais également des informations brutes à l'origine de ces résultats. S'agissant de ce dernier point, la généralité des termes de l'article 3 apporte une réponse certaine à la question. En effet, aucune distinction entre informations brutes et informations-résultats n'étant opérée, nul doute, selon nous, que les informations visées concernent les informations à l'origine du résultat. Compte tenu de la rédaction de l'article, on peut même se demander si ce type d'informations n'est pas spécialement visé par la disposition. En effet, le résultat du traitement semble être visé à titre accessoire par l'article 3 puisqu'il nous est dit que « toute personne a le droit de connaître... les informations ... utilisées dans les traitements... dont les résultats lui sont opposés » . Apparemment, c'est bien sur la connaissance des informations et des raisonnements à la base du traitement que porte la ratio legis du texte. Est-ce à dire que les droits reconnus aux articles 34 et 3 de la loi de 1978 se recourent parfaitement évinçant sur ce point l'utilité de l'un ou de l'autre ?

¹⁰⁶⁰ Voir Jean FRAYSSINET, Répertoire Dalloz pénal, étude, « Informatique et libertés » ; André HOLLEAUX, « La loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés », Revue Administrative, page 162.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, page 19, page 162.

448. Complémentarité des deux textes. A notre sens, s'agissant précisément de l'accès aux informations nominatives, les dispositions se recoupent entièrement¹⁰⁶². Pour autant, nous ne pouvons aller jusqu'à dire que l'existence de l'une ou de l'autre soit injustifiée. Pour le comprendre, il faut revenir aux objectifs des deux textes. Dans le cas de l'article 34, l'objet du droit est de permettre à toute personne de prendre connaissance, et éventuellement de rectifier, les informations nominatives qui sont détenues par le responsable du traitement, sans autre condition aucune. Alors que dans le cadre de l'article 3, il faut supposer qu'un résultat soit opposé à la personne, à défaut de quoi l'accès aux informations est impossible¹⁰⁶³. Un exemple particulièrement criant de cette situation peut d'ailleurs être trouvé dans la délibération de la CNIL édictée en matière de segmentation comportementale¹⁰⁶⁴.

a-2 Exemple concret d'imbrication.

449. Connaissance du segment et de sa signification. Dans l'affaire ayant donné lieu à cette délibération de la CNIL, deux considérants de la commission méritent d'être exposés. Au premier il est dit que, « Considérant de même que le droit d'accès doit pouvoir pleinement s'exercer et que les personnes concernées doivent pouvoir avoir connaissance des mentions relatives à la segmentation qui figurent dans le fichier en cause et en obtenir la signification sans qu'il y ait lieu de rechercher si des décisions ou des résultats leur ont été opposés sur la base de ces informations ». Il semble évident en l'espèce que la CNIL a entendu se fonder sur l'article 34 pour offrir à la personne le droit de connaître le segment qui lui est affecté. Il s'agit là d'un accès aux données nominatives qui ne doit être ni contesté ni refusé¹⁰⁶⁵. La réponse peut toutefois être relativisée s'agissant de la possibilité « d'obtenir la signification » du résultat du traitement sous forme de segment. En effet, cette signification n'implique-t-elle pas, « La communication des règles et raisonnements ayant présidés à sa constitution et élaboration » ?¹⁰⁶⁶ A notre sens, l'établissement de crédit devrait se livrer à un exercice de style particulièrement délicat pour signifier le sens du classement établi par l'ordinateur. En effet, comment expliquer que le client soit classé parmi les « modernistes », les « laxistes » ou les « négligents »¹⁰⁶⁷, sans pour autant révéler un minimum de renseignements quant aux raisons qui ont abouti à ce résultat ? En somme, en demandant de communiquer au titulaire du droit d'accès la signification du segment, la

¹⁰⁶² Voir également nos propos, *infra* n° 163 à 165.

¹⁰⁶³ En ce sens, voir Jean FRAYSSINET, précité, page 18, n° 1808.

¹⁰⁶⁴ Délibération n° 93-032 du 6 avril 1993, précité, *supra* n° 200 et suivants.

¹⁰⁶⁵ Contrairement à l'opinion de la banque. En ce sens, Isabelle GAVANON, précité, page 78 ; Sylvie LEPANY, « La CNIL et la segmentation comportementale », *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1994/1, pages 76 et 77.

¹⁰⁶⁶ Isabelle GAVANON, « La technique bancaire de la segmentation dans les rapports avec les demandeurs de crédit, devant la CNIL », précité, *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1993/4, page 78.

¹⁰⁶⁷ Sur les qualificatifs employés, voir notamment, Sylvie LEPANY, précité, page 75.

CNIL impose d'une certaine façon aux établissements de crédit de dire selon quels critères le client en question a été qualifié de « laxistes », par exemple. A coup sûr, il y a là empiétement du domaine de l'article 34 sur celui de l'article 3, alors même qu'aucun résultat avait été directement et explicitement opposé à la personne. Empiètement voulu, à notre sens, par l'obligation qui est faite, par l'article 35, d'une communication « en langage clair » des informations.

450. Raison de l'imbrication des articles 3 et 34 : communication « en langage clair » des informations et nécessité d'expliquer. Ceci impliquant donc que la personne comprenne pourquoi elle avait été classée dans ce segment plutôt que dans un autre. Cette compréhension ne pouvait passer que par la fourniture d'un minimum d'explications sur la signification du segment ¹⁰⁶⁸. De ce point de vue il paraissait donc logique que la CNIL poursuive dans un second considérant en ces termes : « Considérant que le droit de rectification ne peut porter principalement que sur les données de base, à moins que l'affectation de l'intéressé à l'un des segments ne soit manifestement erronée ». N'est-ce pas là déborder des prérogatives accordées par l'article 34, pour rejoindre le champ d'action de l'article 3 ? Certainement, et d'ailleurs la formule du considérant sonne comme un aveu. En tenant pour principe que « le droit de rectification ne peut porter principalement que sur les données de base », tout en autorisant une entorse, par les termes, « à moins que l'affectation ... ne soit manifestement erronée », la CNIL reconnaît implicitement qu'elle va plus loin que la stricte lecture de l'article 34. En effet, comment juger d'une affectation manifestement erronée, sans avoir, au préalable, eu accès aux raisonnements employés. Car, pour avoir la capacité d'apprécier si l'on se situe dans le mauvais segment, force est d'admettre qu'il faille connaître, au minimum, les critères utilisés, ainsi que leur agencement, croisements éventuels, dans le segment dans lequel on nous a classé, mais aussi ceux employés pour l'établissement des autres segments. A défaut d'une possible comparaison, il serait vain d'essayer de caractériser l'affectation manifestement erronée. Resterait à savoir ce que la CNIL a entendu par le terme « manifestement ». Sur ce point seule une nouvelle intervention de la CNIL pourrait nous éclairer. Le certain est qu'en allant aussi loin dans le droit de rectification, la CNIL ne fait qu'empiéter sur le champ d'application de l'article 3 ¹⁰⁶⁹, alors même qu'aucun résultat n'avait été opposé à la personne. Et, si dans leurs objectifs respectifs, les deux textes sont donc différents, cela n'exclut pas, selon nous, une certaine complémentarité qui est, pour la mise en oeuvre effective de l'article 3, bienvenue. En effet, s'il est certain, comme

¹⁰⁶⁸ De ce fait, nous ne partageons pas l'opinion d'un auteur visant à dire que la CNIL, « n'énonce pas clairement si ce droit d'accès s'exerce sur la base de l'article 3 ou de l'article 34 de la loi », et que, « ce considérant est susceptible d'une double lecture », Isabelle GAVANON, précité, page 77. C'est bien sur l'article 34 que la CNIL s'est fondée pour justifier sa décision, et l'obligation de communication « en langage clair », ne pouvait qu'annoncer la solution adoptée en l'espèce. En ce sens, voir l'arrêt du Conseil d'État du 5 juin 1995, Revue Expertises, janvier 1996, page 29, note Jean FRAYSSINET ; voir aussi Ariane MOLE, « Segmentation de clientèle et datawarehouse : les limites fixées par la CNIL », n° 5, page 25.

¹⁰⁶⁹ Précisons qu'il ne s'agit là que d'un empiétement mais pas d'une confusion, rendu semble-t-il nécessaire par les spécificités du traitement lié à la segmentation comportementale. A l'opposé d'un auteur, Isabelle Gavanon, précité, nous dirons qu'ici, il s'agit davantage d'un problème de détermination du champ d'application de l'article 34 que d'un réel problème de fondement de la décision.

nous venons de le dire, que l'article 3 vise directement, mais non exclusivement, les informations nominatives brutes au même titre que l'article 34, il n'est en revanche pas du tout évident qu'il vise les informations-résultats qui sont opposées à la personne.

b./ Les informations-résultats.

451. Lecture stricte de l'article 3 : une exclusion des informations-résultats et nécessité de recourir à l'article 34. Expliquons-nous sur ce point. La rédaction de l'article 3 invite l'individu à obtenir communication des informations ou des raisonnements utilisés dans les traitements « dont les résultats lui sont opposés ». Une lecture rigoureuse de la disposition nous incite à exclure du champ de l'article 3 le résultat même sorti de la machine, et qui a servi de base à la décision. En effet, l'inverse aurait supposé une rédaction différente de l'article 3 de manière à intégrer « le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements, ainsi que les résultats qui lui sont opposés ». Pourtant, on perçoit bien que la mise en oeuvre effective de l'article 3 suppose que le résultat soit connu par la personne. Or, précisément l'article 34, lui, permet cela puisque son but est d'autoriser la personne à obtenir communication des données personnelles le concernant que celles-ci empruntent la forme de données brutes ou d'informations-résultats. L'élément essentiel pour l'application de l'article 34, est que l'information soit nominative, c'est-à-dire qu'elle soit associée à une personne identifiée ou identifiable à partir de cette information. A ce stade de l'analyse, il nous est aisé de conclure que l'utilisation des ressources de l'article 34 devra permettre la connaissance du résultat à la base de la décision, point de départ, nous semble-t-il, de toute éventuelle contestation. En effet, comment contester une décision prise essentiellement, si ce n'est exclusivement, sur la production d'une information synthétique, sans avoir, au préalable, connaissance de cette dernière ? Mais, on en serait réduit au même constat si la personne ne pouvait avoir accès aux informations, cette fois dites non nominatives, véritable originalité de l'article 3.

2°L'accès aux informations non nominatives.

452. Terminologie. L'expression que nous avons choisie : informations non nominatives, est ici à prendre dans un sens large. En effet, celles-ci ont vocation à couvrir, non seulement les informations qui ne concernent pas nominativement le demandeur de crédit¹⁰⁷⁰, mais également toutes les informations, au sens informatique du terme, qui sont liées à la mise en oeuvre effective du traitement, à sa construction et à son fonctionnement. En somme, toutes celles que l'article 3 désigne sous le terme « raisonnements ». C'est sans nul doute par l'accès à cette dernière catégorie de renseignements que l'article 3, et plus largement la loi de 1978, innove plus. Et ce d'autant plus que rares sont les pays communautaires ou tiers à avoir adopté cette conception. Reste à savoir si la France pourra tenir longtemps cette position. La directive devant être transposée en France paraît en effet réduire sensiblement le champ d'application *ratione materiae* du droit d'accès de l'article 3. Ce « conflit » possible entre

¹⁰⁷⁰ Ainsi, nous avons clairement dit dans notre première partie, *supra* n° 392, que le score pouvait être corrigé par des critères étrangers à la personne demandeur de crédit, tel par exemple, le volume de dossiers apportés par le commerçant, la qualité des dossiers...

législation française et communautaire justifie que nous nous attardions plus longuement sur la nature des informations visées par l'article 3 (a./). En effet, d'une interprétation plus ou moins large des termes de l'article 3 résultera une possibilité de contrôle qui sera elle-même plus ou moins étendue (b./).

a./ Les différences nées de l'interprétation des textes.

453. Plan. L'analyse minutieuse des termes employés, d'une part, dans la législation française et, d'autre part, dans la réglementation communautaire, annonce un décalage d'interprétation de ces deux sources du droit : conception relativement large du droit d'accès pour la législation nationale (a-1), conception quelque peu assouplie au niveau européen (a-2).

a-1 La conception française du droit d'accès aux informations nominatives.

454. La conception française du droit d'accès aux informations nominatives : une conception large. Concrètement, l'option qui est ouverte par l'article 3 de la loi de 1978, l'accès aux raisonnements¹⁰⁷¹, devrait permettre à toute personne de demander directement au responsable du traitement¹⁰⁷² l'accès aux critères d'analyse de leurs données qui ont conduit au résultat qui leur a été opposé. En pratique, ceci devrait obliger les établissements de crédit qui mettent notamment en oeuvre des systèmes de crédit-scoring ou des systèmes experts pour évaluer la dignité de crédit des personnes, à leur dévoiler les éléments sur la base desquels ils ont estimé qu'elles ne pouvaient prétendre à l'octroi d'un crédit (quelle qu'en soit la forme, prêt, découvert en compte...). Au surplus, le terme « éléments » ne doit pas être restreint aux seuls critères utilisés dans le traitement, mais, au contraire, étendu, semble-t-il, aux écritures des programmes informatiques, aux traductions des choix logiques, aux pondérations opérées, aux multiples croisements des critères

455. Accès aux écritures informatiques. En effet, la généralité qu'imposent les mots « droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements », nous oblige à ne pas limiter l'accès à quelques informations de bases, mais bien au contraire à l'étendre à l'ensemble des composantes du traitement automatisé. Et s'agissant de ce dernier, nous partageons entièrement l'idée émise par certains¹⁰⁷³ selon laquelle « L'emploi de l'expression traitement automatisé dans l'article 3, comme d'ailleurs dans l'article 2, n'a pas, à notre avis, la même signification que celui qui est défini dans l'article 5 »¹⁰⁷⁴. En l'espèce, il semble plutôt que référence doit être faite à la définition technique du traitement de données en science informatique. C'est-à-dire à la suite des opérations

¹⁰⁷¹ Sur ce point, voir, entre autres, Etienne DROUARD, « Projet de loi de modification de la loi informatique et libertés... comment s'en débarrasser ! », Revue Expertises, 10/2001, page 341 ; Jean FRAYSSINET, « Informatique, fichiers et libertés », Litec, 1992, page 93 ; Pierre KAYSER, « La protection de la vie privée par le droit », précité, n° 289 - 1, page 491 ; Isabelle GAVANON, « La technique bancaire de la segmentation dans les rapports avec les demandeurs de crédit, devant la CNIL », précité, Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1993/4, page 76 et suivantes ; André LUCAS, « Le droit de l'informatique », éditions P.U.F., 1987, pages 152 à 154, notamment page 154.

¹⁰⁷² Ou à celui qui a utilisé le traitement. Voir cas décrit *supra* n° 437 d'opposition par ricochet.

¹⁰⁷³ Jean FRAYSSINET, « Informatique et libertés », précité, Répertoire Dalloz pénal, page 4, n° 19.

élémentaires arithmétiques et logiques réalisées par l'ordinateur conformément au programme de traitement (le logiciel) élaboré à cette fin. En effet, selon Jean FRAYSSINET, « La référence aux raisonnements utilisés dans les traitements à côté des informations suffit à l'indiquer »¹⁰⁷⁵. De là il faut donc admettre que la personne soumise à une analyse score ou système expert a le droit de prendre connaissance de la structure du programme, au sens du logiciel, servant de base au traitement, ainsi que des informations qui ont servi à l'analyse préalable, mais qui ne sont pas nécessairement nominatives. C'est dire que la rédaction actuelle de l'article 3 donne, en quelque sorte, un véritable droit de regard¹⁰⁷⁶ ou d'immixtion sur l'ensemble du travail effectué avant la mise en oeuvre du traitement¹⁰⁷⁷. Il ne demeure donc aucune ambiguïté, au moins en théorie, concernant la nature des informations visées par l'article 3 : communication complète et détaillée des informations et des raisonnements du logiciel informatique¹⁰⁷⁸. Afin de nous représenter plus facilement le sens de cette affirmation prenons l'exemple d'une décision prise sur la base d'un système expert¹⁰⁷⁹.

456. Application pratique du droit aux systèmes experts. Techniquement, selon un auteur, « L'une des caractéristiques essentielles des systèmes experts est la séparation qu'ils pratiquent entre les connaissances qui leur sont nécessaires (la base de connaissances) et le programme qui permet d'utiliser ces connaissances (appelé moteur d'inférence) »¹⁰⁸⁰. Cette base de connaissances prend alors davantage la forme d'une documentation littéraire informatique¹⁰⁸¹, se rapprochant ainsi d'une simple base de données dans laquelle le moteur d'inférence va venir puiser les solutions pour résoudre le problème¹⁰⁸². Ce dernier, quant à lui, est élaboré sous forme de langage codé, et est destinée à faire fonctionner l'ordinateur. Il a été défini comme un « programme effectuant la recherche d'une solution d'un problème donné et appliquant des séparateurs »¹⁰⁸³. Concrètement, le moteur d'inférence « construit un raisonnement à partir de faits qui lui

¹⁰⁷⁴ Sur l'article 5, voir nos propos *supra* n° 134 à 136.

¹⁰⁷⁵ Jean FRAYSSINET, précité.

¹⁰⁷⁶ En ce sens, André LUCAS, précité, n° 144, page 154.

¹⁰⁷⁷ En ce sens, Jean FRAYSSINET, « La loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés. Présentation pédagogique et synthétique », précité, *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 1996 - 1, page 230.

¹⁰⁷⁸ En ce sens, voir dossier UFC - Que Choisir, « Votre banque vous fiche ! », n° 326, avril 1996, page 23.

¹⁰⁷⁹ Mais, il aurait pu être procédé pareillement pour un système score ou une segmentation comportementale.

¹⁰⁸⁰ Jacques PITRAT, ouvrage Lamy « Droit de l'informatique et des réseaux », 1999, n° 476, pages 278-279.

¹⁰⁸¹ Les connaissances sont engrangées sous forme dite « déclarative », sans mode d'emploi, sans que soit indiqué, où, quand et comment les utiliser. Schématiquement les informations seront organisées ainsi : quand on rencontre un demandeur de crédit, on cherche s'il a un compte bancaire, on vérifie alors que le solde est supérieur à x euros ou inférieur à x euros, puis on vérifie si d'autres crédits existent, quel est leur montant, puis on vérifie si la personne a un salaire, on regarde alors si le salaire est supérieur à x euros... de sorte que le moteur d'inférence choisira les hypothèses en fonction des faits qui lui seront présentés.

sont indiqués en exploitant les connaissances contenues dans la base dite précisément de connaissances »¹⁰⁸⁴. Or, ce que permet l'article 3 c'est l'accès à cette base de connaissances et donc à des informations qui ne sont pas *a priori* nominatives, mais aussi l'accès aux raisonnements, aux corrélations établis par la machine, en somme aux cheminements qui ont amené l'ordinateur à établir tel résultat plutôt qu'un autre.

457. Un droit ignoré. Au regard de l'exemple qui vient d'être décrit, de façon simplifiée, on peut se donner une brève idée de l'ampleur des difficultés pratiques qu'un tel accès engendrera¹⁰⁸⁵. D'ailleurs, à notre connaissance, rares sont les cas où l'article 3 a trouvé application. Tout juste pouvons-nous citer une décision de la CNIL concernant l'impôt sur les grandes fortunes. La commission avait en effet fait obligation à l'administration fiscale de faire connaître ses méthodes d'évaluation des biens immobiliers¹⁰⁸⁶. Pourtant, la CNIL avait, il y a longtemps déjà, annoncé que, « Le développement des systèmes experts, processus automatisés d'aide à la décision qui marquent une étape importante dans l'émergence de l'intelligence artificielle, modifiera les données du problème » vers un exercice plus grand, notamment, de l'article 3¹⁰⁸⁷. Quelle serait alors la cause de cette désaffection pour l'article 3 ? Des difficultés pratiques trop importantes ? Si à ce stade de l'étude il est prématuré de répondre de façon détaillée¹⁰⁸⁸, l'on peut, en revanche, se demander si une formulation plus restrictive du droit d'accès, telle que semble l'envisager la directive communautaire, ne serait pas en mesure d'atténuer les difficultés d'émergence de l'article 3. L'idée mérite approfondissement.

a-2 La conception communautaire du droit d'accès au « logiciel ».

458. Une conception adoucie. A lire de façon attentive l'article 12 a/ on peut alors s'apercevoir que l'obligation de communication qui est faite au responsable du traitement, porte uniquement sur « la logique qui sous-tend tout traitement automatisé ... ». Par

¹⁰⁸² Charles DOMINE, cité *in* memento-guide Alain BENSOUSSAN, « Le logiciel et le droit », sous la direction de Jean-François FORGERON, page 216, n°13120. Le moteur d'inférence raisonnera de la sorte : si le demandeur a un compte bancaire dont le solde est supérieur à 0 euros, et s'il n'a pas d'autres crédits ou si leur montant n'excède pas x euro, et s'il a un salaire d'un montant de x euro..., alors le demandeur de crédit peut rembourser normalement son crédit, ou à l'inverse, ne peut pas ou pourra difficilement le rembourser.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, page 215, n°13110.

¹⁰⁸⁴ Voir LAMY, « Droit de l'informatique et des réseaux », précité, page 279, n° 477. Pour une vision plus détaillée de la construction du système expert, voir Hector HERNANDEZ et Patrick CANARELLI, précité.

¹⁰⁸⁵ Sur ces difficultés, voir *infra* n° 487 et suivants.

¹⁰⁸⁶ Voir 4e rapport d'activité de la CNIL page 241. Les rapporteurs ont d'ailleurs souligné à cette occasion que, « La commission sera dans l'obligation d'exiger des créateurs de ces systèmes (systèmes experts) une description complète de leur conception... ».

¹⁰⁸⁷ Voir 5e rapport d'activité, page 153. Observation (ou souhait) déjà émis dans son rapport précédent page 201. Remarquons que les systèmes de crédit-scoring auraient mérité la même observation.

¹⁰⁸⁸ Sur ce point, voir *infra* n° 492 et suivants.

l'emploi des termes, « logique qui sous-tend », la directive paraît aller moins loin que le législateur français. En effet, en offrant la possibilité d'accès à la fois aux informations des logiciels et aux raisonnements utilisés dans ces mêmes logiciels, tel que nous l'avons entendu, la directive limite de ce seul fait l'étendue de leur connaissance.

459. Terminologie. Un rapide détour du côté du dictionnaire ne fera que conforter notre propos. Ainsi, le mot logique est défini comme « une suite dans les idées, une cohérence du discours. Manière de raisonner ou de se conduire qui a sa cohérence propre ». Ou encore comme ce qui est « conforme aux règles de la logique, cohérent : raisonnement logique. Qui raisonne d'une manière cohérente, conformément à la logique »¹⁰⁸⁹. Si l'on se réfère à la définition de la science de la logique, on peut lire, « sciences dont l'objet est de déterminer les règles de pensée par lesquelles on peut atteindre la vérité. Logique formelle, qui opère sur des formes de raisonnements, indépendante du contenu de ceux-ci ». L'on peut alors remarquer que la logique est souvent assimilée à la cohérence, au cohérent. L'exemple cité du « raisonnement logique », tend d'ailleurs à nous convaincre que les termes sont différents. La référence à la définition du terme « raisonnement » finira de nous en persuader. Selon le dictionnaire par raisonnement il faut entendre : « opération discursive de la pensée qui consiste à enchaîner des idées ou des jugements selon des principes déterminés et en tirer une conclusion » ou « Suite des arguments employés quand on raisonne ; enchaînement de raisons préparant une conclusion »¹⁰⁹⁰. Les deux vocables, même s'ils sont proches, ont donc bien une signification distincte.

460. Conséquence de la distinction : une connaissance sommaire. A partir de là, il nous paraît possible de comprendre l'expression, « logique qui sous-tend », comme la cohérence des enchaînements des informations effectuées par le traitement informatique. Dès lors, l'article 12 devrait être interprété, selon nous, comme ouvrant une connaissance uniquement sommaire du logiciel. Concrètement, s'agissant d'un système de crédit-scoring, l'individu pourrait savoir que le traitement procède par croisements de critères, affectation de points, dont le résultat serait la note qui lui est opposée¹⁰⁹¹. Mais, dans ce schéma, l'individu n'aurait pas accès ni au détail des critères utilisés ou utilisables ni aux croisements qui auront été effectivement opérés ni même au nombre de points ou aux pondérations qui ont été affectés à chaque critères retenus. Cependant, malgré cette interprétation, plutôt restrictive de l'article 12, peut-on dire pour autant que l'individu n'a pas accès à la logique qui sous-tend tout traitement ? Assurément non, puisque par ce biais la personne saura, effectivement, comment l'ordinateur a procédé mais sans connaître, spécifiquement, tous les détails du ou des programmes informatiques. Ce que d'ailleurs le terme « sous tend » semble suggérer.

461. Une conception reprise par le projet de loi de transposition. En conclusion,

¹⁰⁸⁹ Dictionnaire Hachette multi média.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁹¹ Pour un système expert, que l'ordinateur centralise le savoir-faire d'un professionnel du crédit et qu'il applique cette connaissance à la situation de l'individu.

nous pouvons dire que, par l'article 12, il s'agit de connaître la logique qui est à la base de tout traitement, mais uniquement celle-là. C'est-à-dire en aucune façon les informations (non nominatives) et les raisonnements complets des programmes et des logiciels tels qu'ils sont, pour l'instant, accessibles par le truchement de l'article 3. Néanmoins, s'agissant de ces dernières observations, la prudence s'impose¹⁰⁹², car le projet de transposition de la directive reprend les termes de cette dernière à son actif. En effet, l'article 39 - I prévoit que les personnes peuvent obtenir, « les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement ... ». Cela suffira-t-il à protéger suffisamment les droits des citoyens ? La question n'est pas dénuée d'intérêt pratique. Ainsi, il nous apparaît clair que restreindre le droit d'accès à la seule logique sous-entendue dans le traitement ne permettra d'atteindre que partiellement les buts poursuivis par le texte, dont la possibilité de vérification de la légalité des traitements effectués.

b./ L'intérêt de l'adoption d'une conception large.

462. Légalité des traitements et connaissance approfondie des raisonnements.

Dans cette optique, la connaissance de l'intégralité des processus informatiques ayant abouti au résultat est primordiale. En effet, comment savoir que le traitement respecte les règles édictées par la législation informatique et libertés ou par d'autres normes juridiques susceptibles de s'appliquer au cas d'espèce, s'il est impossible pour la personne de connaître les critères employés mais, surtout, les pondérations qui sont affectées à chacun d'entre eux ? En effet, une connaissance approfondie des informations et des raisonnements, et non seulement de la logique à la base du traitement, sera nécessaire afin de vérifier la légalité des opérations menées par l'ordinateur. Pour nous en convaincre, il est possible ici de se reporter à l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 30 octobre 2001¹⁰⁹³.

463. Problématique. En l'espèce, la Haute juridiction administrative avait à arbitrer entre la position de la CNIL et celle de plusieurs organisations bancaires au sujet de la légalité et de la pertinence de l'emploi, dans les systèmes scores, du critère de la nationalité. Or, comment sera-t-il possible d'envisager la question à défaut d'accès, en premier lieu, aux critères du *scoring* et, en second lieu, aux pondérations qui sont attribués à ces derniers ?

464. Nécessité d'un accès élargi. Force est d'admettre que le seul accès à la logique, tel que nous l'avons défini, ne permettrait pas d'aller aussi loin dans le processus informatique. La réponse à la question de la légalité et de la pertinence d'un critère ne peut s'établir que par une pénétration du système, de toutes ses informations et de tous ses raisonnements. Concrètement, cela doit aller jusqu'à la connaissance des critères et

¹⁰⁹² Certains auteurs semblent pourtant ne pas partager cette opinion. Ainsi, selon Lionel COSTES, l'article 39 du projet, « intègre moyennant une adaptation de terminologie à laquelle conduit l'article 12 de la directive, le contenu de l'article 3 de la loi actuelle relatif au droit de toute personne de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés », « Vers de substantiels remaniements de la législation informatique et libertés », *in* ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique et des réseaux », n° 140, octobre 2001, page 5 *in limine*.

¹⁰⁹³ Sur cette décision, voir notre analyse *supra* n° 360 et suivants.

des pondérations appliqués à la personne, mais également des critères et des pondérations susceptibles d'être utilisés pour d'autres personnes aux caractéristiques différentes. Cette connaissance devrait ainsi permettre d'établir la pertinence ou la non-pertinence d'un critère et de sa pondération par simple comparaison avec les autres critères et pondérations. D'ailleurs, c'est bien par ce biais que la CNIL a pu juger de la pertinence et de la légalité du critère de la nationalité.

465. Au regard de l'appréciation de la légalité du critère de la nationalité. Si elle n'avait pas pu savoir que l'information relative à la nationalité était pondérée différemment selon la nationalité, comment aurait-elle pu en contester la pertinence au regard des dispositions de la convention 108 du Conseil de l'Europe ? ¹⁰⁹⁴ Comment aurait-elle pu remettre en cause la légalité du critère au regard des articles L. 225 -1 et L. 225 - 2 du Code pénal ? On l'aura compris, s'agissant de démontrer cette volonté, les solutions ne sont pas légion, la preuve ne pourra être apportée que par un accès et une étude approfondie de l'ensemble des critères pris en compte et des pondérations qui leur sont affectées. Une pondération trop forte du critère de la nationalité qui, à elle seule, conduirait inéluctablement au refus, caractériserait alors l'infraction. Pour cette preuve, le professeur Raymond Gassin dira qu'elle « devrait être relativement facile à rapporter puisque l'article 3 de la loi de 1978 dispose que : Toute personne a le droit ... ». Nous pouvons donc conclure que l'article 3, tel qu'il est rédigé actuellement, constitue l'instrument privilégié et incontournable en vue de l'administration de la preuve du fait répréhensible au regard de la législation pénale, comme en l'espèce, ou/et à celui des règles de la loi informatique et libertés. Et l'on n'aurait guère à forcer notre imagination pour rencontrer des hypothèses susceptibles de nécessiter le recours aux dispositions de l'article 3.

466. Au regard de l'appréciation de la légalité de tout traitement. En effet, l'utilisation des ressources de l'article 3 devrait permettre, assez facilement, à tout individu qui se voit opposer un résultat, de vérifier la conformité des informations enregistrées et traitées. Ainsi, pourrait-il s'apercevoir que des données utilisées dans le traitement le sont en toute illégalité. Par exemple, un système score qui intégrerait des mentions relatives à la situation des proches du demandeur de crédit (parents par exemple) ¹⁰⁹⁵. Il y aurait là, à coup sûr, entrave au principe de collecte et d'utilisation loyale, licite et non frauduleuse des informations, dont la détection serait très difficile à défaut d'accès à toutes les informations et raisonnements du traitement. La seule description de la logique et du traitement serait en effet inapte à révéler ces détails. De plus, le recours au droit d'accès direct et général de l'article 34 serait également impuissant à révéler la pratique, car avant toute utilisation dans le traitement score, les informations sur les proches ne sont pas nominatives, mais concernent un tiers que le secret professionnel empêcherait de révéler. Ce genre d'informations ne sera utilisé que lors de la mise en oeuvre du système de crédit-scoring, et ce n'est qu'à cet instant précis que le demandeur de crédit pourra déceler la fraude par le truchement de l'article 3. La même remarque pourrait être faite s'agissant de la situation d'un professionnel qui contracte un crédit. La collecte et

¹⁰⁹⁴ Article 5 c/ de la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981, précité, *supra* n° 361.

¹⁰⁹⁵ Sur ce risque, voir nos propos *supra* n° 205.

l'utilisation de données relatives à sa vie privée pourront également être regardées comme illicites, déloyales ou frauduleuse. Pareillement, l'anomalie ne pourra être levée que si l'accès aux informations et aux raisonnements du traitement est autorisé. La connaissance de l'ensemble des critères, de la place de ceux relatifs à sa vie privée, et non seulement de la logique, apparaît comme le seul véritable moyen de démontrer dans ce cas l'atteinte à la vie privée¹⁰⁹⁶. Cependant, un accès aussi large n'est pas sans poser quelques difficultés d'ordre juridique, notamment, au regard de la législation relative à la confidentialité de certaines informations, mais également d'ordre pratique.

B Limites.

467. Plan. Lorsque l'on envisage la question du droit d'accès, on se heurte immédiatement à deux séries d'obstacles. Les uns, d'ordre juridique, trouvent leur source dans l'application des dispositions organisant la protection des informations nominatives (1°) ; les autres, d'ordre pratique, ressortent principalement de la lisibilité, entendue au sens de compréhension, des informations non nominatives présentées à la personne qui en demande l'accès (2°). Cependant, à ces deux premières restrictions, il faudra en ajouter une troisième née du jeu de transposition de la directive (3°).

1° Limites relatives à l'accès aux informations nominatives : la protection des droits des tiers : le secret ou la rétention exigée par la loi.

468. Problématique. Nous savons que les dispositions de l'article 3 de la loi de 1978, formulées en termes généraux, obligent pratiquement les établissements de crédit à révéler aux personnes, auxquelles un résultat, issu d'un traitement informatique, est opposé, toutes les informations et les raisonnements à la base de ce traitement. Concrètement, nous avons pu voir que cela aboutirait à la communication de tous les critères et pondérations ayant été effectivement utilisés dans le processus de raisonnement du traitement. Le problème est que parfois ces derniers critères ne concernent pas toujours nommément la personne dont la dignité de crédit est étudiée, mais des tiers qui lui sont plus ou moins liés, ou du moins dont les caractéristiques influent sur la situation du demandeur de crédit. Cette situation se révèle tout spécialement dans les cas du crédit score appliqué aux personnes qui contractent à titre professionnel. En effet, pour les particuliers, simples consommateurs, l'usage de critères extérieurs à la personne n'est guère répandu. Toutefois il n'est pas exclu, il est vrai, que certains systèmes de score intègrent dans le raisonnement des informations relatives par exemple à l'état de fortune ou de dignité de personnes qui sont plus ou moins attachées financièrement et affectivement au demandeur de crédit (enfants, parents, collatéraux...) ¹⁰⁹⁷. Cependant, c'est certainement pour le crédit aux entreprises que l'hypothèse se révèle la plus fréquente. Songeons un instant tout simplement au cas où l'établissement de crédit aura à escompter les effets de commerce d'une entreprise. Nous savons que dans cette opération de crédit le remboursement dépend autant de la solvabilité du

¹⁰⁹⁶ Voir notamment, *supra* n° 163 et suivants.

¹⁰⁹⁷ Sur la légitimité, voire la légalité de tels critères, voir *supra* n° 144 et 205.

remettant, client de la banque, que du débiteur final de la somme représentative de l'effet. Or, un score visant à trier les bons et mauvais effets devrait certainement intégrer des informations relatives au débiteur final. Mais, en accédant aux raisonnements scores l'entrepreneur individuel aurait à connaître des situations qui concernent un tiers¹⁰⁹⁸. Sur le plan du secret professionnel bancaire et du principe de sécurité des données, l'atteinte est intolérable. Sur la base de ces principes, l'établissement de crédit serait donc en droit, et même en devoir, de refuser l'accès à certaines informations malgré les dispositions de l'article 3. Reste que s'agissant de règles, secret professionnel (b./) et principe de sécurité (a./), relativement proches, une étude de leur champ d'application respectif ne nous semble pas inutile (c).

a./ La rétention de l'information exigée par le principe de sécurité et de confidentialité des données.

469. Plan. C'est là une exigence spécifique à la loi de 1978 et qui vise à garantir la protection des droits accordés à toute personne fichée. Et, si ces dispositions n'ont pas été édictées spécialement en vue de protéger les fichés des établissements de crédit (a-1), il faut reconnaître qu'elles trouvent, en ce domaine, un champ d'action particulièrement fertile (a-2).

a-1 Exposé de la règle.

470. Démarche. Le souci de protection des droits des personnes, au travers le principe de confidentialité, tant au niveau national que communautaire, démontre, s'il en été besoin, tout l'intérêt à prêter à cette disposition. Après un rapide exposé des textes stigmatisant cette préoccupation (a-1-1), il ne sera pas inutile, pour cerner toute la portée de la mesure, de se pencher sur le sens à lui donner (a-1-2).

a-1-1 Textes.

471. Au niveau national. D'après l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 : « Toute personne ordonnant ou effectuant un traitement d'informations nominatives s'engage de ce fait, vis-à-vis des personnes concernées, à prendre toutes précautions afin de préserver la sécurité des informations et notamment empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés »¹⁰⁹⁹. Cette dernière disposition est utilement complétée par l'article 19 selon lequel : « ... la déclaration doit préciser : [...] - les dispositions prises pour assurer la sécurité des traitements et des informations et la garantie des secrets protégés par la loi ».

472. Au plan européen, la directive 95/46/CE n'envisage pas les choses autrement puisque d'après son article 17, «... le responsable du traitement doit mettre en oeuvre les mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger les données à caractère personnel contre... la diffusion ou l'accès non autorisés [...] Ces mesures doivent assurer... un niveau de sécurité approprié au regard des risques présentés par le

¹⁰⁹⁸ Le problème serait exactement similaire s'agissant d'un score adapté à d'autres types de crédits, tels que crédit à l'investissement, à l'exportation, de trésorerie...et qui prendraient en considération, parmi ses critères, des informations relatant les liens qui uniraient le demandeur de crédit à d'autres entreprises, par son chiffre d'affaires par exemple.

¹⁰⁹⁹ L'article 34 du projet la loi de transposition reprend le même principe de sécurité et de confidentialité.

traitement et de la nature des données à protéger ».

473. Au plan international. Le principe n° 5 des lignes directrices de l'OCDE prévoit pareillement qu'il, « conviendrait de protéger les données de caractère personnel, grâce à des garanties de sécurité raisonnables, contre des risques tels que la perte des données ou leur accès... ou divulgation non autorisés »¹¹⁰⁰. On le voit, au plan des textes, les devoirs imposés aux responsables des traitements en matière de sécurité et de confidentialité des données, demeurent identiques, et ce quelle que soit la source étudiée.

a-1-2 Signification.

474. Consécration du principe de confidentialité au travers le principe de sécurité. A lire attentivement les textes, et notamment l'article 29 de la loi de 1978, l'on pourra remarquer qu'il n'est nulle part fait emploi de la notion de confidentialité, mais seulement celle de sécurité des données. Cependant, il semble qu'en pratique il soit délicat de parler de principe de sécurité sans parler de confidentialité des données. En fait, la question de la confidentialité découle directement du principe de sécurité. On peut même dire qu'elle est comprise dans ce dernier principe. En effet, l'article 29 de la loi de 1978 impose que le responsable du traitement prenne, « Toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles soient... communiquées à des tiers non autorisés ». Tandis que de son côté la directive impose la mise en oeuvre des « mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger les données... contre la diffusion ou l'accès non autorisé... ». Or, qu'est-ce que représente la mise en oeuvre de ces mesures de protection contre l'accès et la diffusion des informations, si ce n'est le moyen d'assurer la confidentialité de ces mêmes informations ? C'est donc bien une confidentialité des informations qui est recherchée par le biais du principe de sécurité. Cette opinion semble d'ailleurs parfaitement confirmée par les rares décisions ayant eu à statuer sur le thème.

475. Un principe confirmé par la jurisprudence. Ainsi, la Cour d'appel de Rennes, dans son arrêt du 13 janvier 1992, a statué sur le délit de manquement à la sécurité informatique en ces termes, « en diffusant une liste informatique de 900 personnes contenant des renseignements relatifs à d'autres personnes que celles intéressées par le prêt, en n'attirant pas au surplus l'attention des commerçants destinataires sur la confidentialité de ces informations, en ne limitant même pas l'usage de ces informations à ces commerçants en n'excluant pas dans la lettre accompagnant la liste informatique toute diffusion à leurs préposés et employés, Marcel N. a commis le délit prévu et réprimé aux articles 29 et 42 de la loi du 6 janvier 1978 »¹¹⁰¹. Le principe de confidentialité, au travers le principe de sécurité, étant acquis¹¹⁰², il reste à en mesurer les effets sur la mise en oeuvre du droit d'accès.

¹¹⁰⁰ Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données de caractère personnel, document OCDE, Paris, 1994, page 87.

¹¹⁰¹ Cour d'appel de Rennes, 13 janvier 1992, JCP (E), 1993, II, n° 432, note Christian GAVALDA.

¹¹⁰² Toutefois, pour une analyse plus complète sur ce thème, voir Sandrine MUNOZ, « L'échange des données informatisées », thèse, précité, page 268 et suivantes ; voir également, André LUCAS, précité, n° 117 et suivants.

a-2 Application du principe à la matière étudiée.

476. Un principe d'interdiction absolue de communication. Or, en la matière, la solution n'est pas difficile à trouver puisqu'elle reviendra à interdire, ni plus ni moins, à l'établissement de crédit de communiquer au demandeur de crédit, qui désire avoir accès aux informations et aux critères utilisés, l'accès à celles d'entre elles qui concerneraient nominativement un tiers. A défaut, l'établissement de crédit s'exposerait aux lourdes sanctions prévues à l'article L. 226 - 17 du Code pénal¹¹⁰³, voire à celle de l'article L. 227 - 22, si cette communication a porté atteinte, « à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée ». En effet, selon cette dernière disposition, « Le fait pour toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement... des informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces informations à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende... ». Ainsi, peut-on imaginer que le demandeur de crédit, en ayant accès aux raisonnements scores ou aux systèmes experts, se voit communiquer par l'établissement de crédit des informations relatives à un tiers, et qui envisagent ce dernier de manière plus ou moins négative. Par exemple, dans l'hypothèse que nous avons soulevée de l'escompte, que le débiteur final a des difficultés financières, qu'il est mauvais payeur etc. Ce dernier, s'il a connaissance de cette communication ce qui, soit dit au passage, risque de n'être pas toujours, voire pas souvent le cas, pourra alors tenter une action contre l'établissement de crédit qui aurait normalement dû supprimer de la communication cet élément précis. Cependant, ne nous y trompons pas, il existe quelques limites à ce principe de sécurité ou de confidentialité

477. Limite : une obligation de moyens lors de la mise en œuvre du principe. Tout d'abord, le législateur, par le biais de l'article 29, n'a nullement entendu établir une obligation de résultat envers le responsable du traitement. La règle ainsi instituée n'a qu'une portée générale, et elle n'impose au destinataire qu'une obligation de moyens. La violation du principe de sécurité sera donc appréciée par rapport aux diverses mesures techniques et physiques visant à empêcher la communication des informations à des tiers non autorisés¹¹⁰⁴. Et celles-ci devront être d'autant plus importantes que les informations à protéger seront sensibles¹¹⁰⁵.

478. Un principe limité aux personnes physiques. Une autre limite au principe de confidentialité tient au champ d'application *ratione personae* de la loi qui l'institue. Or, cette dernière n'étant pas applicable aux personnes morales, celles-ci se trouvent, *de jure*, exclues de ce dispositif de protection. C'est ainsi que, par exemple, une personne morale qui verrait des informations la concernant communiquées à un demandeur de

¹¹⁰³ Selon cette disposition, « Le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement automatisé d'informations nominatives sans prendre toutes les précautions utiles pour préserver la sécurité de ces informations et notamment empêcher qu'elles ne soient... communiquées à des tiers non autorisés est puni de 5 ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende ».

¹¹⁰⁴ Sandrine MUNOZ, précité, n° 272.

¹¹⁰⁵ André LUCAS, précité, n° 124.

crédit sur la base de l'article 3, ne pourrait agir contre l'établissement de crédit en invoquant une violation des dispositions de l'article 29. Ces dernières se trouvent donc, dans ces hypothèses, totalement démunies, du moins au seul regard de la loi de 1978. Car s'agissant du domaine spécifique de l'activité bancaire, une autre voie s'ouvre aux personnes morales, mais également aux personnes physiques, c'est la référence au secret professionnel auquel est tenu tout établissement de crédit.

b./ La rétention de l'information exigée par la législation relative au secret professionnel.

b-1 Au niveau national.

479. Le Code pénal. De façon générale, l'article L. 226 - 13 du Code pénal dispose que, « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

480. Le Code monétaire et financier. De manière plus précise, l'article L. 511 - 33 du Code monétaire et financier prévoit, lui, que « Tout membre d'un Conseil d'administration... et toute personne qui, à un titre quelconque, participe à la direction ou la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, est tenu au secret professionnel dans des conditions et sous les peines prévues à l'article L. 226 - 13 du Code pénal ».

b-2 Au niveau communautaire.

481. La directive européenne n° 95/46/CE ne parle pas expressément du secret professionnel. En revanche, à lire son considérant n° 42, ainsi que son article 13 (g), il ne fait aucun doute que sa protection est recherchée. En effet, il est dit au considérant n° 42 que : « Les États membres peuvent, dans l'intérêt de la personne concernée ou en vue de protéger les droits et libertés d'autrui, limiter les droits d'accès et d'information... ». Principe que l'on retrouve à l'article 13, puisque selon ce texte : « Les États membres peuvent prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus... à l'article 11 paragraphe 1 et aux articles 12 et 21, lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder : [...] g) la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui »¹¹⁰⁶. Or, il ne fait aucun doute que le secret professionnel fait partie des droits de la personne, et qu'il doit à ce titre être protégé.

c./ La combinaison des textes relatifs au secret professionnel et au principe de confidentialité.

482. Champ d'application *ratione personae* des textes. Ces dispositions, relatives au secret professionnel, contrairement à la loi de 1978, étendent leur protection à toute personne quelle que soit sa forme, personne physique ou personne morale. Et, pour ce dernier type de personnes, nous pouvons dire qu'elles viennent utilement suppléer la lacune issue de la loi de 1978. Cependant, hormis cette hypothèse bien précise, pour les établissements de crédit, secret professionnel et principe de sécurité joueront en fait la même fonction.

¹¹⁰⁶ Rappelons que l'article 12 concerne le droit d'accès aux logiques informatiques.

483. Une application cumulative des textes. En quelque sorte, nous pouvons ici dire que le principe de confidentialité tel qu'il découle de l'article 29 de la loi de 1978, se verra renforcé dans le domaine de l'activité bancaire, par les dispositions relatives au secret professionnel bancaire ¹¹⁰⁷. A l'inverse, il n'est pas faux de dire que ce dernier secret sera lui-même renforcé par les règles relatives à la sécurité des données, lorsque l'usage de l'informatique imposera leur application. En revanche, il ne faudrait, à notre sens, pas déduire du fait que ces deux dispositions peuvent viser les mêmes informations que l'une exclura forcément l'autre. Bien au contraire, à l'analyse des textes, et de la jurisprudence, tout porte à croire qu'il ne peut en être ainsi. L'article 19 ne préconise-t-il pas expressément que : «... La déclaration doit préciser : [...] les dispositions prises pour assurer la sécurité des traitements... et la garantie des secrets protégés par la loi » ? La décision de la Cour d'appel de Rennes ¹¹⁰⁸ confirme l'opinion en décidant, « Qu'aucune disposition de la loi du 6 janvier 1978 ne peut être considérée comme écartant l'application de l'article 378 ¹¹⁰⁹, qu'au contraire l'article 19 de la loi du 6 janvier 1978 impose au déclarant de décrire le traitement qu'il met en oeuvre notamment en ce qui concerne les sécurités et les mesures prises pour assurer la garantie des secrets protégés par la loi, en l'occurrence le secret bancaire [...] qu'il existe une norme simplifiée n° 13 qui rappelle cette nécessité de prendre des dispositions pour assurer le respect des secrets protégés par la loi... » ? ¹¹¹⁰ Finalement, et en cas d'utilisation de l'ordinateur, ces deux corps de règles, celui issu de la loi de 1978 permettant la confidentialité des informations, ainsi que celui issu du secret professionnel, ne peuvent ni ne doivent être regardés comme des dispositifs complémentaires ¹¹¹¹, voire concurrents ¹¹¹².

484. Degré de contrainte des textes. A la différence toutefois du principe de sécurité, il semble que l'obligation au secret professionnel ait une nature nettement plus contraignante. En effet, il ne s'agit plus, s'agissant du secret bancaire, d'une simple obligation de moyens, mais bien d'une obligation de résultat. Sa violation entraîne l'application immédiate des sanctions prévues par les textes. Concrètement donc, l'établissement de crédit devra, « lorsque le traitement porte tout à la fois sur des informations non protégées et d'autres qui ne sont pas communicables en application d'une législation spéciale relative au secret... communiquer directement au demandeur

¹¹⁰⁷ Voir André LUCAS, précité, n° 125

¹¹⁰⁸ Précité.

¹¹⁰⁹ Ancien article L. 226 - 13 du Code pénal

¹¹¹⁰ Voir sur cette décision, note Christian GAVALDA, précité, et Jean-Luc DUFOURNAUD, « Informatique et libertés : les banques et le traitement des données », AFB Diffusion, 1997, page 60.

¹¹¹¹ Complémentarité qui s'exprimera fort bien lorsque le tiers, dont les informations sont communiquées, est une personne morale.

¹¹¹² Lorsque, et secret bancaire, et principe de confidentialité de l'article 29, trouveront à s'appliquer concomitamment. Cas des informations concernant une personne physique et communiquées à un tiers.

les informations non protégées et lui notifier que les informations couvertes par un secret protégé sont également enregistrées et ne peuvent lui être communiquées »¹¹¹³. D'autres législations abordent le problème sous le même angle. Ainsi, la législation du Canada¹¹¹⁴ préconise que : « L'organisation ne peut communiquer de renseignement à l'intéressé dans le cas où cette communication révélerait vraisemblablement un renseignement personnel sur un tiers. Toutefois, si ce dernier renseignement peut être retranché du document en cause, l'organisation est tenue de le retrancher puis de communiquer à l'intéressé le renseignement le concernant ».

485. Le secret professionnel : un principe supérieur. La conclusion est donc aisée : en aucune façon les droits accordés par l'article 3 ne peuvent venir contredire les dispositions relatives au secret bancaire. Ce dernier s'impose donc en principe supérieur qu'aucune disposition de la loi de 1978 ne peut venir contrecarrer. Cependant, le secret bancaire, de même que le principe de sécurité de la loi de 1978, ne peut que viser les informations personnelles concernant un tiers, mais nullement les autres informations (le secret professionnel étant inopposable au demandeur de crédit lui-même) contenues dans le traitement score ou le système expert. On peut donc imaginer que les hypothèses d'application de ces dispositions resteront limitées, surtout si l'on considère que les cas où les scores contiendront effectivement des données sur des tiers resteront particulièrement rares¹¹¹⁵.

2° Limites relatives à l'accès aux informations non nominatives.

486. Hypothèses visées. L'article 1^{er} du décret du 23 décembre 1981¹¹¹⁶ prévoit que : « Seront punis des peines prévues par les contraventions de la 5^e classe ceux qui : [...] Se seront opposés à l'exercice du droit d'accès par son titulaire :

Soit en communiquant des informations qui ne sont pas conformes au contenu des enregistrements... qui ne se présentent pas sous une forme directement intelligible ».

487. Plan. La lecture de cette disposition spécifique nous apprend que l'atteinte au droit d'accès peut opérer de différentes manières et à des degrés divers. Ainsi, dans le cas le plus simple il s'agira d'un refus pur et simple de répondre à la demande (a./). En revanche, la situation sera plus délicate dans les hypothèses suivantes. D'une part, lorsque le responsable adoptera une véritable attitude frauduleuse (b./), soit en transmettant des informations non fidèles à l'enregistrement original soit en dissimulant ou

¹¹¹³ Délibération n° 80 - 10 du 1er avril 1980 portant recommandation relative à la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés. Visible dans l'ouvrage de Jean-Luc DUFOURNAUD, précité, annexe XVII, page 165.

¹¹¹⁴ Point 9 (1) de la loi relative à la protection des données personnelles, et point 9 (3) de cette même loi.

¹¹¹⁵ Ce type d'informations sera davantage utilisé pour les crédits distribués aux professionnels, notamment dans le cadre de l'escompte commercial.

¹¹¹⁶ Décret n° 81-1142 instituant des contraventions de police au cas de violation de certaines dispositions de la loi du 6 janvier 1978. Voir sur cette disposition, entre autres, Mémento juridique Francis Lefèbvre, « Concurrence, consommation », 11e édition, F. Lefèbvre, Paris, 1998, n° 1963 ; voir aussi Répertoire Dalloz pénal, précité, n° 493 à 509.

en faisant disparaître tout ou partie de ces informations. D'autre part, lorsque ce même responsable, sans pouvoir dire qu'il adopte une attitude frauduleuse, présente des informations difficilement compréhensibles par le commun des mortels (c./). Sans doute alors que les qualificatifs de mauvaise foi ou de déloyauté pourront prendre le relais.

a./ Le refus d'accès aux données du système informatique.

488. Un refus aisément identifiable. S'agissant du refus pur et simple de l'accès aux traitements, l'hypothèse est relativement simple et n'appelle pas de longs développements. En effet, le refus sera aisé à constater, et dans ce cas la sanction prévue à l'article 1^{er} précité pourra s'appliquer. *A priori* donc, il peut paraître assez surprenant qu'en pratique des responsables se placent sous le joug de cette disposition. Pourtant, à en croire certaines lectures¹¹¹⁷, l'hypothèse n'est pas de pure école. La raison en est simple.

489. Un refus pourtant pas rare. Les établissements de crédit opposent souvent le secret des affaires à l'appui de leur refus de communication. En effet, dès que les informations auxquelles la personne désirent avoir accès sont sensibles, l'opacité prend le dessus. Ces informations obtenues grâce à des traitements, des manipulations de données brutes, que nous pourrions qualifier d'informations à valeur ajoutée, sont destinées avant tout à la prise de décision (quelle qu'elle soit, commerciale, d'octroi ou de refus de crédit...). Parmi celles-ci l'on trouvera, entre autres, les notes scores, les segments de comportement, les calculs de rentabilité des clients, les appréciations issues des systèmes experts... Ces nouvelles données, qui visent le plus souvent à cerner le comportement (bancaire) de la personne, les établissements de crédit les considèrent comme faisant partie de leur dispositif « purement interne »¹¹¹⁸, et qu'ils n'entendent pas dévoiler. Ce dernier argument a d'ailleurs été au cœur du contentieux qui a opposé la CNIL à certains établissements de crédit en matière de segmentation comportementale¹¹¹⁹. C'est dire que le droit d'accès reste et restera sans nul doute un thème particulièrement sensible des rapports entre, d'une part les établissements de crédit et, d'autre part, les personnes fichées et la CNIL. Sur ce point, les nouveaux pouvoirs de sanction pécuniaire de la CNIL devraient permettre d'assurer le respect, par les établissements de crédit, de cette disposition centrale de la loi informatique et libertés. Il est vrai que jusqu'à présent la CNIL n'a pas le pouvoir d'ordonner la communication aux intéressés des informations auxquelles ils demandent l'accès¹¹²⁰, celle-ci ne peut, à l'heure actuelle, que dénoncer les faits au parquet (article 21, 4^o de la loi de 1978), et

¹¹¹⁷ Voir l'enquête de l'UFC - Que Choisir, « Votre banque vous fiche ! », n° 326, avril 1996, pages 17, 22 et 23.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, page 22.

¹¹¹⁹ Argument que nous ne développerons pas dans l'immédiat, la question du secret des affaires, et plus généralement du secret, sera étudiée en profondeur plus loin. Sur la segmentation, voir *supra* n° 203, 440 et *infra* n°616 et suivants. Sur le secret des affaires, voir *infra* n° 616 et suivants.

¹¹²⁰ Cette prérogative appartient, pour l'heure, aux tribunaux judiciaires, mais seulement après que le titulaire du droit ait intenté une action. Celle-ci demeure souvent illusoire, la loi de 1978 souffrent d'un manque certain de publicité. Tare, qui, comme nous le verrons plus loin, *infra* n° 736 et n° 816, est loin d'être résolue.

seule une amende de la 5^e classe peut être infligée ¹¹²¹. Le montant (1.500 euros) ¹¹²² n'a, apparemment, guère d'effet dissuasif. Demain le montant pouvant atteindre les 300.000 euros, en cas de récidive, nul doute, mais l'avenir nous le dira, que l'effectivité de la règle sera plus sûrement assurée. La même remarque devrait pouvoir être faite s'agissant cette fois des attitudes que nous avons qualifiées de déloyales ou de frauduleuses ¹¹²³.

b./ Attitude déloyale ou frauduleuse.

490. Liminaire : le problème de la preuve. Cependant, en pratique, la mise au jour de ces infractions sera certainement beaucoup plus difficile à faire et à prouver. En effet, dans le cas du refus, les faits sont simples : il y a communication ou il n'y a pas communication des informations, et dans ce dernier cas la preuve de l'infraction va de soi. Mais, dans les hypothèses de dissimulation, de disparition ou de non-sincérité des informations transmises, la preuve sera bien plus délicate à établir. Concrètement, cela signifie que pour caractériser l'une de ces infractions, il sera nécessaire d'avoir connaissance des informations originales et/ou originelles. Cette mission sera particulièrement difficile, lorsque l'on sait que la simple pression d'un bouton d'ordinateur permet l'effacement rapide et intégral d'un nombre de données considérables.

491. Problème lié à l'utilisation de l'informatique. Cette particularité de la technique n'a d'ailleurs pas échappé aux parlementaires, et a été à l'origine d'un amendement destiné à renforcer l'efficacité du dispositif. Ainsi, selon le député GOUZES, « compte tenu de la facilité avec laquelle des données peuvent être dissimulées, il convient de s'assurer de la rapidité de l'intervention du juge. A cet égard, la procédure des ordonnances sur requête... semble préférable à celle du référé puisqu'elle permet... au juge saisi de prendre une décision provisoire » ¹¹²⁴. Cependant, restera à déterminer ce qu'il faut entendre par, « risque de dissimulation ou de disparition » ¹¹²⁵.

492. Cas des disparitions et des dissimulations. En effet, en pratique, comment et selon quels critères apprécier le risque. L'appréciation de ce dernier ne pourra que relever du pouvoir souverain du juge saisi, mais très probablement en fonction des craintes mêmes du saisissant. Quoi qu'il en soit, nous doutons de la capacité réelle de la procédure à éviter toute dissimulation ou disparition en l'état actuel de la technique, et face à un responsable déterminé pour cela. Passe encore pour le cas des dissimulations, des

¹¹²¹ Sur ce thème précis, voir Pierre KAYSER, « La protection de la vie privée par le droit... », précité, pages 493 et 494 ; Répertoire pénal Dalloz, étude « Informatique et libertés », précité, n° 197.

¹¹²² Article L. 131 - 13, 5e du Code pénal.

¹¹²³ Correspondant aux infractions décrites aux alinéas 6 et 7 de l'article 1er du décret précité.

¹¹²⁴ Rapport précité, page 47. Selon l'article 35 du projet de loi c'est au juge des référés qu'il appartient d'intervenir en cas de dissimulation ou de disparition. Voir aussi sur le thème, JO débats, Assemblée nationale, séance du 30 janvier 2002, amendement n° 32, page 40.

¹¹²⁵ Article 39 alinéa 7 du projet de loi.

mesures de perquisitions judiciaires permettraient certainement de retrouver les données. En revanche, l'hypothèse de disparition sera très ardue à démontrer. Pour assurer une efficacité à la disposition, et par prolongement au droit d'accès, les mesures décidées par le juge devront impérativement intervenir en même temps que la demande d'accès aux informations. Le but étant de ne pas laisser le temps, matériel, aux éventuels fraudeurs d'accomplir leur forfait¹¹²⁶. Là encore, l'hypothèse de la dissimulation ou de la disparition n'est pas que purement théorique. Pour protéger leur pratique, légitime, certains établissements de crédit n'hésitent, semble-t-il, pas à établir deux niveaux d'accès à leurs traitements. Ainsi, existerait-il au premier niveau les données accessibles et communicables aux clients, et au second niveau le traitement complet et strictement confidentiel¹¹²⁷. Bien évidemment, en cas de demande d'accès, seul le premier niveau serait communiqué à la personne. Ainsi, si nous prenons l'exemple du crédit-scoring, il suffirait à l'établissement de crédit en question de permettre uniquement l'accès aux critères et aux pondérations qui ne risquent pas de prêter à contestation (tels que charges, revenus, situation matrimoniale) et de conserver par-devers lui, les critères et pondérations sensibles (tels que ceux relatifs à la nationalité, à la situation du logement), ainsi que les croisements opérés entre eux. L'établissement de crédit pourrait procéder de la sorte pour tous les autres traitements automatisés, systèmes experts ou segmentation comportementale. Par ce mode de communication, les informations dites « sensibles »¹¹²⁸ seraient ainsi protégées. Au regard de la loi, il est clair que cela entre dans le cadre de la dissimulation d'informations puisque la personne n'accède pas à l'intégralité des données auxquelles le droit d'accès lui donne droit. Auraient pu également entrer dans cette incrimination les cas où les établissements de crédit, plus subtilement, présenteraient à la personne, non pas des données qui ont fondé la demande et auxquelles la personne a un droit d'accès, mais des données différentes. En quelque sorte, on a là une dissimulation des véritables données objet du droit. En cette dernière situation, le législateur a souhaité plus de précision en parlant de communications, « qui ne sont pas conformes au contenu des enregistrements »¹¹²⁹.

¹¹²⁶ Voir sur le thème de la disparition, répertoire pénal Dalloz, précité, n° 197 ; P. - A. WEILL, « Etat de la législation et tendances de la jurisprudence relative à la protection des données personnelles en droit pénal français », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987/3, page 665 ; JO débats, Sénat, séance du 19 décembre 1977, page 4257, à l'occasion de laquelle le sénateur Jacques THYRAUD a évoqué, « le cas où un contrôle inopiné devrait être effectué afin d'éviter des rectifications de fichier après que le détenteur de celui-ci à eu connaissance de l'intention du titulaire du droit d'accès d'en obtenir communication ».

¹¹²⁷ « Les sages ont donné au client un droit de regard et de rectification sur le contenu des fichiers. Lorsqu'une telle demande est faite, la banque fournit le fichier commercial. Aucune trace des observations, ni de la note affectée au client, alors que l'existence de ces données sont de notoriété publique », Jean-Claude JAILLETTE, « Ce que votre banque sait de vous... et dont vous ne vous doutez pas ! », hebdomadaire « Marianne », n° 232, semaine du 1er au 7 octobre 2001, page 68.

¹¹²⁸ En raison de la concurrence qui aurait intérêt à percer les secrets de l'établissement de crédit en question ou en raison du client lui-même qui aurait intérêt à contester les logiques, et éventuellement à alerter la CNIL ou les associations de consommateurs pour dénoncer ce qu'il jugerait injustifié.

¹¹²⁹ Article 1er alinéa 7 du décret précité.

493. Cas de la non-conformité. C'est donc en quelque sorte un principe de sincérité, de fidélité qui est imposé aux responsables des traitements. Mais, alors que l'article 35 prévoit expressément cette exigence ¹¹³⁰, l'article 39 du projet de loi, lui, est passé outre. Il y a ici un manque de précision qui ne va pas dans le sens d'une meilleure efficacité du système. Cependant, il est vrai qu'il paraît aller de soi que, lorsque le législateur demande la communication, celle-ci soit conforme à l'enregistrement. Au surplus, à défaut de texte allant dans ce sens, l'article 1^{er} du décret de 1981 reste encore en vigueur. Or, celui-ci, pareillement à l'article 35, prévoit explicitement le cas de non-conformité. Tout porte donc à croire que cette « omission » du législateur ne remettra fondamentalement pas en cause l'obligation qu'aura le responsable du traitement de transmettre des informations sincères. Concrètement, cela signifie que le responsable du traitement ne devra pas présenter à la personne des données qui sont sans rapport avec le contenu réel de l'enregistrement. Ainsi, à titre d'exemple, si le client demande à sa banque qu'elle lui communique le segment auquel il appartient, et qu'en contrepartie celle-ci lui communique un segment ou une appréciation différente de celle effectivement enregistrée à son nom, l'on peut dire dans ce cas qu'il y a présentation non conforme. Et, il n'est pas inimaginable qu'un établissement de crédit, afin d'éviter un contentieux ¹¹³¹ communique des informations édulcorées, neutres, et qui ne retranscrivent pas fidèlement, par exemple, l'appréciation portée sur la personne ¹¹³². Il y a dans cette démarche, comme pour les cas de dissimulation ou de disparition, un caractère frauduleux évident. Mais, ce n'est certes pas là le seul moyen dont disposent les établissements de crédit pour contrer le droit d'accès accordé aux personnes physiques.

c./ Une communication intelligible.

494. Hypothèse visée. En effet, et de manière peut-être plus insidieuse, il n'est pas encore impossible que certains responsables de traitement présentent à la personne ce qu'elle a demandé, mais sous forme de sigle ou de code difficilement compréhensible pour elle, voire totalement incompréhensible. Juridiquement, il ne s'agit pas d'un refus puisque les informations sont présentées. Il ne s'agit pas non plus d'une dissimulation puisque l'intégralité des données sera transmise. Pas plus qu'il ne s'agira d'un cas de non-sincérité, en cela que ce qui est communiqué à la personne correspond effectivement au contenu de l'enregistrement. Pourtant, on ne peut dire qu'en opérant de la sorte le responsable réponde à l'objectif poursuivi par la loi. C'est-à-dire informer, effectivement, la personne objet du traitement. Or, l'information suppose, du moins nous semble-t-il, que le

¹¹³⁰ Article 35 alinéa 1er : « Le titulaire du droit d'accès peut obtenir communication... La communication... doit être conforme au contenu des enregistrements ».

¹¹³¹ Nous avons effectivement vu que les termes employés par certains établissements de crédit pour cerner le profil comportemental de leurs clients avaient provoqué un certain émoi aussi bien chez ces derniers qu'a la CNIL ou chez les associations de protection des consommateurs. Sur ce thème, voir *supra* n° 156, 163 et n° 205.

¹¹³² Si l'on prend l'exemple du crédit-scoring, il ne serait pas, là encore, difficile à un établissement de crédit de présenter à la personne des critères, des pondérations et des croisements qui ne retraceraient pas fidèlement ceux qui auraient été effectivement utilisés dans son cas. L'objectif étant similaire, éviter toute contestation de la part du client ainsi que tout risque de divulgation des techniques vers la concurrence.

message qu'elle est censée véhiculer soit compréhensible pour l'individu ¹¹³³. Force est d'admettre que par l'utilisation d'un tel procédé, il serait aisé au responsable de traitement de faire échec à la loi, sous l'apparence d'en respecter la lettre. Pour prévenir tout risque de ce côté, le législateur a cru bon d'introduire une disposition à cet effet.

495. Signification : une communication sous « forme accessible » ¹¹³⁴. D'après l'article 39 - I - 3° du projet de loi, la personne doit pouvoir obtenir, « La communication, sous une forme accessible, des données... ». Les termes employés sont moins explicites que ceux de l'actuel texte, ainsi que ceux de la directive. En effet, l'article 35 actuel parle de communication en « langage clair ». Tandis que l'article 12 de la directive emploie la formule « sous une forme intelligible » ¹¹³⁵. C'est donc ainsi qu'il faut appréhender l'expression de l'article 39, c'est-à-dire en tant que communication accessible à la compréhension de la personne. Sans doute que la lecture, par le citoyen (profane) pourtant premier destinataire de la loi, s'en trouvera compliquée, mais la signification de la disposition demeure inchangée. En celle-ci, le citoyen trouvera ainsi un rempart efficace à la mauvaise volonté ou la mauvaise foi de responsables trop soucieux de conserver le voile sur les manipulations des données qu'ils pratiquent. Et, en ce domaine, une fois de plus une certaine pratique semble confirmer le danger.

496. Mise en œuvre pratique : documentation intellectuellement compréhensible. Ainsi, certains établissements de crédit (parmi ceux qui transmettent les documents) « ne vont pas jusqu'au bout de leur logique » ¹¹³⁶, en communiquant une « succession de chiffres et de termes incompréhensibles » ¹¹³⁷. Or, pour ne pas se trouver en infraction avec la loi, le responsable devrait expliquer concrètement et simplement la signification de ces sigles et codes. On peut penser qu'une telle attitude sera primordiale dans le cas d'accès aux logiques des traitements scores ou des systèmes experts. En effet, comme nous l'avons étudié ¹¹³⁸, les logiciels et les techniques utilisés (analyse discriminante, algorithmes...) sont très loin d'être aisément intelligibles pour un esprit profane. Les établissements de crédit devront donc faire l'effort de présenter aux personnes visées une documentation intellectuellement accessible pour

¹¹³³ Il est fort probable que l'appréciation se fasse *in abstracto*, c'est-à-dire par rapport à un individu moyen placé dans les mêmes circonstances.

¹¹³⁴ Voir sur ce point, notamment, Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, feuillets 150 (1er juillet 1999) page 902 et suivantes ; Jean FRAYSSINET, « Nouvelles technologies de l'informatique et de la communication et protection des libertés des consommateurs », page 10, 3e colonne ; Revue de Droit Public, 1978, chronique administrative, page 1103 ; JO débats, Assemblée nationale, séance du 4 octobre 1977, page 5785, 1e colonne *in limine*.

¹¹³⁵ L'article 1er du décret du 23 décembre 1981 est encore plus précis puisqu'il parle d'une communication « sous une forme directement intelligible ».

¹¹³⁶ Enquête UFC - Que Choisir, précité, pages 22 et 23.

¹¹³⁷ *Ibidem*, page 23.

¹¹³⁸ Voir *supra* n° 317 et suivants ; *supra* n° 401 et suivants.

elles. Il va sans dire qu'en pratique des explications explicites devront très probablement accompagner cette documentation¹¹³⁹. Ce n'est qu'à ce prix que l'effectivité des mesures prévues à l'article 3 sera assurée. Cependant, en l'état actuel de la législation l'on peut s'interroger quant au champ d'application de ces dispositions¹¹⁴⁰.

3° Limite tenant à la transposition de la directive.

497. Difficulté née de la transposition. Selon nous un doute subsiste quant à la nature des informations concernées par ces droits. Concernent-ils toutes les informations permettant de connaître et de contester les logiques qui sous-tendent le traitement ? En effet, la question se pose car l'article 39 - I du projet de loi semble plutôt organiser un droit à la connaissance des informations concernant la personne, c'est-à-dire des informations personnelles. A ce titre, le 4^e de l'article 39 qui intéressent la logique des traitements, apparaît comme une pièce rapportée à un dispositif préexistant. En fait, le dispositif instauré à l'article 39 - I du projet de loi, opère une sorte de mélange, d'une part, de l'article 12 de la directive, et d'autre part, des articles 34 et 35 de la loi de 1978. Or, l'article 12 de la directive prévoit l'accès aux logiques des traitements, mais n'organise pas concrètement les modalités d'exercice de ce droit. A l'inverse, les articles 34 et 35 organisent pratiquement ces modalités, mais ne visent, *a priori*, que les informations nominatives. Le droit à la connaissance des informations et des raisonnements informatiques se trouve isolé à l'article 3. Or, à la lecture de l'article 39 - I du projet de loi, et plus généralement à la lecture de l'article 39, il est clair que le législateur a superposé les mécanismes, sans en assurer la totale cohérence. Nous en voulons pour preuve le 3^e de l'article 39 concernant la communication sous « forme accessible ». Le texte nous dit bien que la personne peut obtenir la communication des informations, « sous une forme accessible, des données qui la concernent... ». Il faut entendre par ces derniers termes, les données qui la concernent personnellement, c'est-à-dire les données nominatives. Et, nous devons reconnaître que les logiques ne font pas partie de ces données-là. Dès lors, la communication sous forme accessible s'applique-t-elle à elles ? L'esprit de la loi le commanderait, mais pas sa lettre. Le même raisonnement pourrait être tenu quant aux dispositions concernant le risque de dissimulation ou de disparition qui ne visent que les informations nominatives¹¹⁴¹. La CNIL aura certainement à intervenir pour préciser l'exacte interprétation à avoir de l'article 39 qui devrait s'intégrer dans la prochaine loi. A défaut, les établissements de crédit ne manqueront pas d'adopter leur propre lecture, et s'agissant des traitements scores, notamment, ils n'hésiteront pas, au mieux, à transmettre les informations, mais sous forme de code, et au pire, à dissimuler la partie des données non personnelles qu'ils considèrent comme confidentielle. Car la transmission en langage clair des logiques à la base de ces techniques implique très probablement un devoir corrélatif d'explication. Devoir qui risque très vite de glisser vers

¹¹³⁹ Dont nous verrons les difficultés pratiques que cela risque d'engendrer. Voir *infra* n° 863.

¹¹⁴⁰ Droit à communication totale, sincère et intelligible.

¹¹⁴¹ A la différence ici notable que le texte ne fait pas spécifiquement référence à des informations personnelles en employant le terme « données » de façon générale.

la motivation des décisions qui s'appuieraient sur de tels traitements, et avec le droit à contestation, vers la remise en cause de la liberté de décision des établissements de crédit en matière de distribution du crédit.

II Droit de contestation.

498. Liminaire : la directive ou l'absence de droit à contestation. En effet, il est seulement dit que la personne a le droit d'obtenir du responsable du traitement, « La connaissance de la logique qui sous-tend tout traitement ... ». Mais, nul part il est fait référence à une possible contestation de cette même logique. Tout au plus pouvons-nous citer l'article 15 et la porte qu'il ouvre vers l'opportunité de faire valoir son point de vue¹¹⁴². Mais, rien dans cette disposition, ni dans aucune autre, ne permet expressément une contestation des raisonnements et des informations usités dans le traitement informatique. C'est là, selon nous, une grosse lacune de la directive. Fort légitimement le gouvernement français ne l'a pas reprise dans son projet de loi, puisqu'il prévoit la communication des « informations permettant de connaître et de contester la logique ... ».

499. Démarche. Concrètement, et s'agissant par exemple d'un système de crédit-scoring, ce droit de contestation¹¹⁴³ devra permettre la remise en cause du choix des critères utilisés, des pondérations effectuées, des croisements opérés Il devrait également favoriser la remise en cause des informations nominatives employées dans le traitement. Il est cependant vrai, dans cette dernière hypothèse, que dans la mesure où ces informations auront été obtenues directement auprès de la personne, la contestation sera difficile, voire irrecevable. En revanche, au cas inverse, c'est-à-dire si les informations proviennent d'un tiers ou de l'établissement de crédit lui-même (utilisation des informations du compte), alors le droit trouvera pleinement à s'exercer. Ainsi, en cas d'erreurs matérielles sur un attribut de la personne, l'exercice du droit de contestation devrait amener logiquement les établissements de crédit à rectifier purement et simplement la faute. En définitive, il nous paraît possible de soutenir que l'usage du droit de contestation de l'article 3 amorce, implicitement, et dans cette hypothèse, la mèche de l'article 36. Dès lors, avant même d'envisager ce à quoi devrait mener l'usage du droit à contestation (B), il semble opportun d'éclaircir ce point d'achoppement entre l'article 3 et l'article 36 (A).

A L'interaction des articles 3 et 36.

500. Position du problème. D'après l'article 36, « Le titulaire du droit d'accès peut exiger que soit rectifié, complété, clarifié, mises à jour les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite ». Ce droit est direct et ne nécessite pas l'opposition d'un résultat, contrairement au droit d'accès et de contestation reconnu à l'article 3. Cependant, il faut reconnaître qu'en pratique, ce ne sera, le plus souvent, que lorsqu'il y aura opposition d'un résultat que la personne cherchera à vérifier si le

¹¹⁴² Voir *infra* n° 1043 et suivants.

¹¹⁴³ Tel que prévu par l'actuel article 3.

traitement utilise des informations (exactes, complètes ...). Or, force est de reconnaître avec nous que le droit à contestation de l'article 3 sera mis en oeuvre uniquement dans l'hypothèse d'une divergence d'opinions. S'agissant des données nominatives, ceci devrait conduire (effectivement) à rectifier, compléter, clarifier ... ces dernières. L'on peut alors remarquer que le résultat sera identique à celui de la mise en oeuvre de l'article 36. Nous pouvons donc conclure avec certitude, concernant les informations nominatives, et seulement celles-ci, que les droits reconnus par l'article 3 recouvrent ceux de l'article 36. Cependant, ce n'est sans doute pas pour ces informations que le droit de contestation s'avérera le plus utile.

B Matérialisation du droit de contestation.

501. Problématique. Nous l'avons évoqué, le droit de contestation devrait permettre une véritable critique du traitement informatique utilisé. Ainsi s'interrogeait un auteur lors d'un colloque sur l'entreprise et l'informatique ¹¹⁴⁴, « Dans la technique du crédit-scoring, des notes sont attribuées au demandeur de crédit en fonction de la personnalité de ce demandeur. Celui-ci pourra-t-il contester le bien-fondé non seulement du principe même de la note, c'est-à-dire de l'attribution de telle note à telle qualité, mais également l'existence de cette qualité dans sa personne même en considération de laquelle telle note lui a été accordée ? ». Au regard de nos précédents propos, nous ne pouvons répondre que positivement à la question. En effet, tout demandeur de crédit qui se serait vu opposer un résultat score devrait pouvoir contester le choix des variables, les pondérations effectuées, et les croisements effectués. Théoriquement, c'est donc toute la pertinence du système qui peut être remise en cause par la personne concernée (1°). Mais, il est vrai que la pratique offre de très rares exemples allant dans ce sens. Pourtant, à l'appui de notre raisonnement nous pourrions citer un cas particulièrement illustratif de la consistance du droit à contestation (2°).

1° Matière visée par la critique.

502. Critique des pondérations et des croisements opérés. Soulignons bien évidemment que ce genre de débat pourrait se voir réitérer sur chaque critère employé et le traitement que les établissements de crédit leur feraient subir. Ainsi, un jeune de moins de 25 ans, dont nous avons vu l'influence négative d'un tel âge dans le système de score ¹¹⁴⁵, pourrait remettre en cause la pondération qui est affectée à la variable, en insistant sur l'importance de ses revenus, par exemple. Dans le même ordre d'idées, une personne âgée de plus de 65 ans, et qui se serait vue refuser un prêt sur cette base, pourrait pareillement discuter du caractère rédhibitoire de ce critère. Ou encore, dans le cas d'une mère de famille élevant seule ses enfants, et qui se verrait refuser un prêt du fait de la forte pondération (négative) affectant le croisement de ces critères (femme seule, nombre d'enfant à charge)... Les possibilités de contestation sont en réalité fort nombreuses. En

¹¹⁴⁴ Monsieur BRIANCEAU, colloque, « L'entreprise et la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », Revue de Jurisprudence Commerciale, novembre 1977, page 505.

¹¹⁴⁵ Voir *supra* n° 343.

effet, les critères que nous avons vus relatifs à la situation de famille, à la situation bancaire, à la situation professionnelle ou à la situation du et dans le logement...¹¹⁴⁶ peuvent devenir éminemment relatifs suivant la personne considérée individuellement. Nous savons que s'agissant des techniques de crédit-scoring, de leur bon fonctionnement (en termes de rapidité et d'efficacité) la standardisation des situations est primordiale. Le droit à contestation devra donc nécessairement passer par une possible remise en cause de la pertinence des pondérations et croisements effectués lors du traitement. Il devrait même permettre la remise en question des choix mêmes des variables.

503. Critique des variables. Dans ce dernier cas, l'article 3 autoriserait alors que, par exemple, le critère de l'âge, du sexe ou de la situation dans le logement... soit purement et simplement supprimé du traitement. En ce qui concerne le droit à contestation, à partir du moment où les raisonnements et les informations à la base du système sont révélés, aucune limite, théorique, n'est fixée. Si libérale soit cette interprétation, il ne pouvait en être autrement si l'on veut s'attarder quelques instants sur les motifs qui ont présidé son apparition. En effet, nous aurons l'occasion de souligner¹¹⁴⁷ le fait que face au risque de catégorisation, de normalisation des situations, d'abdication de l'être humain devant la machine, et de concentration du savoir dans les mains des experts, la personne, le citoyen devrait pouvoir se défendre. Qu'en serait-il si aucune contestation des systèmes informatiques en ce qu'ils ont de plus profond n'était envisageable ? Nous viendrait-il à l'idée de présenter une bonne entrecôte saignante à un chien tout en lui interdisant d'y toucher ? Il faut bien avouer qu'il y aurait là une certaine dose de perversité. Dans l'interrogation que nous avons suscitée la situation ne serait guère différente. Voilà donc un individu auquel on permettrait d'avoir accès à l'entière matière du traitement informatique, mais sans lui offrir la possibilité de présenter ses observations, ou son opposition, sur ce contenu. Heureusement, le législateur de 1978 ne s'est pas comporté, envers le citoyen, en maître chiens pervers, en autorisant la contestation offrant ainsi les moyens de sa politique : l'émergence d'une force de contrôle et de contre-pouvoir face aux puissantes institutions financières. Un exemple de ce à quoi devrait mener une telle possibilité de contestation nous a été fourni par le Conseil d'Etat dans une affaire déjà évoquée.

2° Cas d'application.

504. Le cas d'espèce nous a été apporté par l'arrêt du Conseil d'État du 30 octobre 2001 précité¹¹⁴⁸. Rappelons brièvement qu'à l'origine de cette décision se trouvait la pratique de certains établissements de crédit qui intégraient dans leur système de crédit-scoring le critère de la nationalité. Outre la question sensible de la légalité même de l'emploi d'un tel critère¹¹⁴⁹, c'est également la pertinence même de l'utilisation de ce critère qui était en

¹¹⁴⁶ Voir sur tous ces critères, *supra* n° 315 et suivants.

¹¹⁴⁷ *Infra* n° 507 et suivants.

¹¹⁴⁸ Pour une étude complète voir *supra* n° 361 et suivants.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*.

cause. Or, l'article 3 devrait autoriser que soit contesté « le raisonnement consistant à déduire le refus du prêt ou du crédit de la particularité de sa nationalité »¹¹⁵⁰. Ce que n'a pas manqué de faire la CNIL en précisant qu' « Admettre que l'information relative à la nationalité soit pondérée différemment selon la nationalité serait considéré que celle-ci constituerait un critère pouvant déterminer de manière significative un comportement, indifféremment des conditions sociales... », ce qu'elle n'admet visiblement pas. Au surplus, à l'argument des établissements de crédit qui consistait à dire qu'une pondération différente suivant la nationalité était justifiée par les éventuelles difficultés de remboursement et du coût lié à la procédure de mise en recouvrement, la CNIL leur rétorqua que, « dans l'hypothèse dans laquelle un ressortissant étranger vivant en France et souscrivant un crédit retournerait dans son pays d'origine avant l'expiration de la durée de validité de son titre de séjour ne saurait à elle seule justifier que, de manière générale, le nombre de points affecté par l'ordinateur au demandeur de crédit soit différent selon que ce demandeur est français, ressortissant d'un État membre de la communauté européenne ou ressortissant d'un Etat tiers ». L'exposé de cet échange d'arguments entre la CNIL et les établissements de crédit n'a d'autre but que de donner un aperçu des discussions que devrait susciter le recours au droit à contestation tel que reconnu par l'article 3. Il est seulement regrettable que les ressources offertes par cette disposition se soient limitées aux seules personnes physiques.

SECTION 2 Le champ d'application razione personae des droits reconnus par l'article 3.

505. Plan. En effet, ces droits, dont nous avons l'importance pour l'individu, ne peuvent profiter aux personnes morales. C'est un fait sur lequel il est impossible de discuter et qui doit perdurer, puisque la loi de transposition de la directive n'a pas mis à l'ordre du jour une possible extension de la législation relative à l'informatique à ces personnes. Cependant, il nous est en revanche permis de nous interroger sur les conséquences dommageables auxquelles peut aboutir ce choix au regard des intérêts légitimes à protéger. Pour en mesurer toute la portée il n'est pas inopportun de revenir quelques instants sur les dangers contre lesquels la loi de 1978 a voulu lutter (I). Cette étude liminaire démontrera que les personnes morales sont tout autant sujettes à ces risques, du moins pour certaines d'entre elles, que les personnes physiques (II).

I La philosophie de la loi informatique et libertés.

506. Plan. La loi de 1978 est historiquement une loi de réaction. En effet, le législateur de l'époque avait pris conscience, après l'épisode dit « projet G.A.M.I.N. »¹¹⁵¹, des dangers que pouvait représenter l'outil informatique pour les droits et libertés des individus (A). Faces aux menaces que l'ordinateur faisaient peser sur les personnes, les Représentants de la Nation ont donc adopté un train de mesures aptes, si ce n'est à éviter les dérives

¹¹⁵⁰ Voir Raymond GASSIN, « La nationalité du demandeur de prêt et le banquier dispensateur de crédit », LAMY, « Droit de l'informatique et des réseaux », n° 145, mars 2002, n° 15 *in fine*, page 6.

¹¹⁵¹ *Infra* n° 962 et suivants.

liées à l'usage de l'outil informatique, au moins à en limiter les effets négatifs (B).

A Face au risque de l'informatique sur l'intégrité de l'individu...

507. Risque de catégorisation. La lecture des motivations de la loi de 1978 nous informe ainsi du souci permanent du législateur d'éviter une catégorisation et une normalisation excessive des situations touchant aux personnes. Ou plutôt, devrions-nous écrire que le législateur, à défaut de pouvoir éviter totalement cette normalisation, a entendu doter chaque citoyen du pouvoir d'en limiter les effets négatifs. En effet, déjà à l'époque des discussions parlementaires, le risque d'enfermement des individus dans des modèles, des standards préétablis, avait non seulement suscité l'émotion, mais avait été également, pour large partie, à l'origine de l'élaboration de ce qui allait devenir la loi de 1978. La prise de conscience de ce risque s'est ainsi trouvée être mise en évidence par nombre de parlementaires de l'époque. Ainsi, selon le député Jean FOYER, « Le recours à ces techniques fondées sur la logique formelle et sur les mathématiques, renforce en effet une tendance de notre civilisation à la catégorisation des situations et des individus »¹¹⁵². Dans un même courant de pensée, le député Lucien VILLA dira : « L'informatique repose sur des combinaisons de oui et de non. Elle entraîne une catégorisation des situations et des individus. Elle tend à donner des étiquettes aux individus, à juger des situations sociales ». Et à ce même député d'ajouter « qu'il y a le risque énorme, en croyant appréhender un individu par une foule de données disparates, d'avoir de lui une image stéréotypée et contraire à ce qu'il est réellement et à ce qu'il peut devenir ». Ce dernier mettra parfaitement en exergue que « Le recours à l'informatique dans les processus de décision peut être dangereux. Le modèle choisi peut avoir une influence directe sur le résultat. Par exemple, il est certainement possible de démontrer par ordinateur la véracité de la thèse... selon laquelle il faut contrôler préventivement certains groupes sociaux prédisposés à la délinquance »¹¹⁵³.

508. Catégorisation et score : un cas d'application. L'idée est ici parfaitement transposable au système de crédit-scoring. En effet, fondé sur un modèle défini *a priori* par les établissements de crédit, les demandeurs de crédit sont alors automatiquement acceptés ou écartés. Nous avons suffisamment insisté sur les qualités attendues des personnes pour ne pas voir dans les systèmes de crédit-scoring l'une des formes les plus abouties de catégorisation et de standardisation des situations. Mais n'est-ce pas là une des conditions de l'efficacité de l'outil informatique ? En effet, le traitement rapide et en masse des informations ne nécessite-t-il pas justement cette standardisation, cette réduction de la réalité en des normes simples pouvant être traitées efficacement par la machine ?

509. La normalisation : une nécessité informatique. En effet, la première condition du fonctionnement correcte d'un système informatique type score repose sur une exigence de normalisation des situations. Ainsi, comme a pu le souligner un auteur¹¹⁵⁴, à

¹¹⁵² JO débats, Assemblée nationale, séance du 4 octobre 1977, page 5782.

¹¹⁵³ Voir sur ce propos, *ibidem*, page 5786 ; propos réitérés d'ailleurs par le sénateur Charles LEDERMAN, Voir JO débats, Sénat, séance du 17 novembre 1977, page 2764, colonne n° 2.

côté d'une routine mécanique et d'un matérialisme sans but, « le troisième trait important de la machine et de son milieu c'est l'uniformité, la standardisation, le caractère interchangeable ». Le préalable nécessaire à la mise en place d'un système de crédit-scoring est donc la normalisation, la réduction des différences¹¹⁵⁵. Car, la mise en place de ces programmes d'ordinateurs s'accommode fort mal de la diversité. Il est vrai que les structures informatisées excluent le flou, les différences, les particularismes qui peuvent s'attacher aux situations individuelles. En effet, ces concepts sont autant d'obstacles au bon fonctionnement de ces systèmes. On comprend alors que par ricochet il faille pareillement alimenter ces systèmes avec des informations qu'ils seront susceptibles de comprendre, de traiter. L'informatisation présuppose un nombre connu et fini d'états des situations à retranscrire. L'information sur un phénomène sera la désignation actuelle de l'état du phénomène parmi l'ensemble fini d'états qu'il peut présenter. Ainsi, selon Monsieur du Roure, « On pourrait démontrer que les travaux des informaticiens s'adressent toujours à un ensemble dénombrable d'objets, que ce soit au niveau des états possibles de la machine, ou au niveau des différents messages (représentations d'entités, de caractéristiques ...) stockables dans les cases mémoires et qu'ils connaissent »¹¹⁵⁶. Il est alors bien évident que la définition du nombre d'états possibles (en supposant qu'ils soient en nombre fini) pose de gros problèmes si on s'intéresse à des phénomènes humains ou psychologiques. Et selon André VITALIS « On n'en viendra le plus souvent à bout qu'en schématisant les situations et en réduisant le champ des possibilités »¹¹⁵⁷. Tout ce qui n'est pas pertinent à cette préformation est considéré comme bruit et le bruit est éliminé¹¹⁵⁸. Dès lors, dans ce schéma force est d'avouer que toute information n'étant pas jugée pertinente par le modèle sera rejetée. Ainsi, dans le cadre de l'étude de la dignité de crédit d'un demandeur, nous avons relevé que les systèmes de crédit-scoring étaient dans l'impossibilité d'apprécier ce que nous avons nommé le vouloir payer. En conclusion, on peut dire que le modèle jugera une information sur le vouloir payer comme non pertinente, puisque étant incapable de la traiter. Mais, pour autant peut-on dire que cette information là est non pertinente ? Assurément non, et nous avons même dit que pour les professionnels du crédit le vouloir payer était autrement plus important que le pouvoir payer dans l'analyse de la dignité du crédit.

510. L'ordinateur nécessite des définitions simples, claires et précises, des

¹¹⁵⁴ L. MUMFORT, « Technique et civilisation », édition seuil, 1950.

¹¹⁵⁵ Et comme l'a dit G. Canguilhem, « Une norme, une règle, c'est ce qui sert à faire droit ... Le concept de droit, selon qu'il s'agit de géométrie, de morale ou de technique, qualifie ce qui résiste à son application tordue, de tortueux ou de gauche ». G. CANGUILHEM « Le normal et le pathologique », édition P.U.F., 1966, page 177.

¹¹⁵⁶ G. Du ROURE, « Un modèle de mesure de l'information dans les organisations », in textes de la communication du séminaire sur l'informatique d'organisation, les systèmes d'information et de décision, INRIA, Aix-en-Provence, avril 1975, page 71.

¹¹⁵⁷ André VITALIS, précité, page 13.

¹¹⁵⁸ R. ESCARPIT, « Théorie générale de l'information et de la communication », Hachette, 1976, page 42.

clarifications et des relations universellement acceptées. Mais, tout ceci ne peut se faire qu'au détriment de la réalité parfois, souvent, complexe des situations, surtout lorsqu'elles touchent au subjectif, à la personnalité de l'être humain. Il n'est pas possible de le nier, l'informatique est standardisante : elle tend à imposer des systèmes, des dispositifs rigides. Elle a pour conséquence de réduire les modèles, de standardiser les solutions ¹¹⁵⁹. Or, selon un auteur, le « miracle du bon symbolisme est déjà arrivé : c'est la révolution cybernétique, qui universalise le langage par oui ou non, 0 ou 1 » ¹¹⁶⁰. Par cet idéal binaire on écarte toute controverse, toute ambiguïté, en décomposant le complexe en train d'éléments simples. Et cette logique se retrouve partout aussi bien dans la programmation des grands chantiers industriels que dans l'analyse des risques industriels, commerciaux... ou de crédit.

511. Réduction qui anéanti l'originel. Cette « traduction d'une situation en une liste de paramètres oui - non appauvrit la réalité prise en compte » ¹¹⁶¹. Ainsi s'interrogeait Yves Stourdzé ¹¹⁶² : « Une fois la transcription réalisée que reste-t-il du corps originel ? Il se dissout dans la nouvelle représentation. L'organisation ne prend pour interlocuteur que le corps qu'elle a produit. C'est ce dernier qu'elle entretient et fait vivre. La marchandise détruit l'usage, elle le radicalise, le neutralise, le détruit. Le signe monétaire s'est emparé de l'objet, l'a colonisé. L'objet n'est plus que ce signe. C'est lui qui lui octroie sa consistance : sans lui, il s'effondre. Ainsi les signes de l'organisation s'emparent de nos corps et en chassent tout autre sens... Le processus achevé, le corps n'est plus qu'un signe dans un ensemble de signes qui forment la texture de l'organisation ». En cherchant la transcription totale des aspects de la personne en codes informatiques, en n'allant pas au-delà de l'observation statistique, en se restreignant à ce que l'ordinateur peut traiter, l'être humain, dans ses aspects les plus personnels et subjectifs se trouve hypostasié, réduit à ce qu'il doit ressembler, c'est-à-dire au modèle construit et recherché.

512. Le crédit-scoring ou la réalité assujettie au modèle. En devenant opérationnel, c'est-à-dire en étant à la base d'un traitement effectif de la réalité enfermée dans des critères préétablis, le modèle va prendre une valeur exemplaire. Et nous avons vu que ce dernier attribut n'est pas pure illusion, mais qu'au contraire les exploitants bancaires ne s'en écartent que rarement. Nous pouvons alors dire que la mise en oeuvre

¹¹⁵⁹ Cette réduction du réel a été fort bien décrite par un auteur tenant les propos suivants : « La grande intuition de l'époque est, de Wiener à Gauchet, en remontant à Bakourine, que le symbolique, ce dispositif que nous mettons entre nous afin de nous situer nous-mêmes, détermine entièrement l'humanité. Mais l'erreur associée à cette institution serait de penser que l'on peut fabriquer du symbolisme à la carte, selon le type d'humanité souhaitée, le genre de personnalité que l'on voudrait voir apparaître. Il suffirait de construire un « principe de raison », une petite machine métamorphique rigoureuse, un système de signifiants organisateurs, utilisables pour tous d'un commun accord, pour restaurer ou pour faire évoluer la subjectivité. Il suffirait... que ces signifiants soient investis de la capacité de vérité des énoncés scientifiques pour que soit banni le mensonge source de tous les vices », D. DUCLOS, « Le nouvel ordre informatique », *Le Monde diplomatique*, janvier 1999, pages 24 et 25.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, page 3.

¹¹⁶¹ *Ibidem*.

¹¹⁶² Yves STOURDZE, « Organisation, anti-organisation », Mame, 1973, page 13, à propos de la banque de données humaine.

effective du système de crédit-scoring oblige ses utilisateurs à retenir de la réalité uniquement ce que le modèle retient de cette même réalité. Mais, dans ce schéma on comprend aisément que ce n'est plus le modèle qui doit ressembler à la réalité mais cette dernière qui doit ressembler au modèle. « En ce sens, écrit André VITALIS, on peut parler d'une hyper réalité du modèle qui devient peu à peu un système qui s'impose à tous. L'informatique contribue à sa matérialisation »¹¹⁶³. Et cette hyper réalité, dans la mesure où elle ignore les différences, standardise et normalise, les individus sont ainsi appelés à ressembler de plus en plus à ce que le système retient d'eux. En somme tout se passe comme si l'on voulait déposséder l'être humain de ses secrets et finalement le réduire à être les signes qui le représentent. Il n'y a donc aucune place à l'imprévisible, à l'inattendu, à la différence, au subjectif... En bref tout ce qui fait la personnalité d'une personne, tout ce qui fait qu'elle est un être unique. Ces systèmes qui ne traitent que des données limitées, partielles et standardisées, ne peuvent que rejeter des résultats qui seront eux-mêmes limités, partiels et standardisés. Nous sommes là dans un cercle vicieux aux conséquences dangereuses dont il est, *a priori*, difficile de s'extraire.

513. Dangerosité au plan des libertés individuelles. Système aux conséquences dangereuses car une fois l'individu classé, étiqueté dans une catégorie, il lui sera difficile, voire impossible, de se défaire de cette image ou même de la contester, la vérité sortant de l'écran de l'ordinateur. En effet, une fois noté « négativement » par le système score, le demandeur de crédit sera exclu systématiquement sans qu'ils puissent véritablement s'opposer à son classement, le confinant ainsi dans une vision imparfaite du réel ; en l'occurrence de sa personnalité, de sa capacité et de sa volonté à honorer ses dettes. Cette dangerosité se voit accentuée par le fait que ceux qui auront à utiliser les ordinateurs perdront leur autonomie, leur libre arbitre quant à la décision à prendre.

514. Un phénomène accentué par la déresponsabilisation des décideurs. En effet, une fois le modèle conçu et appliqué par l'entremise de l'ordinateur, celui-ci acquiert en quelque sorte son indépendance, son autonomie. Il acquiert une valeur scientifique que les utilisateurs auront peine à contester quand bien même ils le pourraient (techniquement parlant) ou le voudraient. Ils assistent impuissants à une sorte d'« encéphalisation » de leur domaine de compétence par la machine. En effet, l'ordinateur véhicule avec lui un certain type de rationalité et d'objectivité qui aura tendance à s'imposer en toute hypothèse. Cette rationalité et cette objectivité emportent avec elles un caractère coercitif qui laisse peu de place à l'initiative personnelle de l'agent qui « étudie » le dossier, et encore moins à la personne qui demande le crédit. Cette idée de domination du modèle véhiculé par la machine est fort bien illustrée par les propos de I. Illich¹¹⁶⁴ pour qui, « Les outils de notre monde dépassent un seuil critique au-delà duquel ils sont plus pour l'homme une oppression, qu'une aide. Leur développement menace le corps social tout entier. Ils aboutissent à une uniformisation réglementée, à l'exploitation et à la puissance du plus grand nombre ... L'outil domine plus qu'il n'est dominé ... Il ne tolère pas que des besoins puissent être comblés sous d'autres formes que la sienne. En cela, il exerce un monopole radical qui met le plus grand nombre entre les mains des

¹¹⁶³ André VITALIS, précité, page 25.

¹¹⁶⁴ Cités par André VITALIS, précité, page 45.

experts ». Et pourtant cette réduction de l'individu au modèle informatique, cette abdication de l'homme devant les résultats exposés par la machine, cette dictature du monde expert face aux citoyens victimes passives, c'est précisément ce que le législateur a voulu éviter par l'article 3.

B...l'instauration d'un contre pouvoir via l'article 3.

515. Une réalité contraire à la volonté du législateur : éviter la concentration des pouvoirs. En effet, si l'on s'en réfère au discours du sénateur Henri Caillavet, « Si nous n'y prenons garde, l'informatique risque de devenir un élément de paresse intellectuelle... Et d'aucuns... ont même pu parler du danger de « décervellement » d'une grande partie des responsables de l'entreprise ... car il est trop facile, trop avantageux de s'en remettre à une machine qui ne saurait plus se tromper »¹¹⁶⁵. Ces dernières paroles semblent parfaitement stigmatiser le risque d'abdication des décideurs face aux résultats de l'ordinateur¹¹⁶⁶. Et, au même sénateur d'en faire autant concernant un autre danger de l'informatisation, « Très tôt, le savoir peut déboucher sur le pouvoir. Or, le pouvoir exige la conscience et le savoir n'est ni moral ni immoral, il est simplement amoral. Nous devons donc toujours garder à l'esprit la crainte que les informaticiens, c'est-à-dire les bâtisseurs des mémoires, ne deviennent, grâce à leurs connaissances et à leur imagination, les maîtres des réseaux, en quelque sorte des gardiens inconscients d'un monde à tendance concentrationnaire »¹¹⁶⁷. L'un des objectifs clairement annoncés de la loi de 1978 est donc d'éviter que, « Sous le règne de l'ordinateur et de la dynamique de groupe, le citoyen abdique tout pouvoir en faveur de l'expert, seul compétent »¹¹⁶⁸. C'est là vouloir la mise en place d'un contre-pouvoir face aux menaces informatiques, dont le point d'orgue se situe, à notre sens, dans le risque de catégorisation de l'individu. Il s'agit en quelque sorte, par l'adoption de la loi de 1978, d'essayer de « conscienciser » l'informatique¹¹⁶⁹, celle là même qui n'a aucune faculté d'étonnement face aux résultats qu'elle rejette implacablement.

516. Esprit du texte : participation de l'individu à l'élaboration de la décision.

Dans cette optique, l'étude de l'objectif du législateur de l'époque devrait nous éclairer quant à la lecture à adopter de l'article 3. Selon les propos d'Alain PEYREFITTE¹¹⁷⁰, il faut donner à tous « Le pouvoir de connaître ce que certains privilégiés ont intérêt à

¹¹⁶⁵ JO débats, Sénat, séance du 17 novembre 1977, page 2752.

¹¹⁶⁶ Idée qui sera reprise un peu plus tard par le sénateur Alain PEYREFITTE en ces termes, « nous risquons non seulement de voir nos libertés grignotées, mais également de perdre la liberté de penser par nous-mêmes ». JO débats, Sénat, 17 novembre 1977, page 2766. Dans le même sens, voir les propos du sénateur Jacques THYRAUD, *ibidem*, page 2757, colonne n° 1.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, page 2752.

¹¹⁶⁸ Ivan ILLICH, « La convivialité », édition seuil, 1975, page 125.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, page 2752, colonne n° 1, *in fine*.

¹¹⁷⁰ JO débats, Assemblée nationale, précité, page 5788, colonne n°1.

cacheur pour entretenir des rentes de situation ». Ainsi, selon ce dernier, l'adoption de la loi de 1978, et des dispositions à l'image l'article 3, aurait pour but « De promouvoir une société ouverte, où chacun connaît les fondements sur lesquels sont prises les décisions qui l'affectent »¹¹⁷¹. Il s'agissait donc, au moment de l'adoption de la loi, de permettre à chaque individu de participer à l'élaboration des décisions qui le concerne. Ainsi, disait le parlementaire Lionel de Tinguy¹¹⁷², « Lorsqu'on m'oppose des décisions sur la base de l'informatique : je veux savoir comment cela a été fait... ». Nous revenons là à l'objet même de la loi : défendre la liberté de l'individu face à l'informatique. Et, Alain PEYREFITTE ne dérogea pas à cette idée en disant, à propos de l'article 3, que « Ce point est vraiment très important. Il faut que le citoyen soit informé ; il ne peut rester ignorant d'une sorte de mécanique aveugle qui se déroulerait en dehors de lui »¹¹⁷³. Rabelais n'a-t-il pas dit en son temps que « L'ignorance est la mère de tous les maux » ? Au regard des ces dernières paroles, il apparaît clairement que l'objectif du législateur a été de protéger les personnes physiques. Cependant, compte tenu des dangers que nous venons d'évoquer, les personnes morales méritent-elles de rester dans l'ignorance ? L'on peut en douter.

II L'article 3 et les personnes morales : perspectives.

517. Etat des questions. Si nous avons pu voir que pour le plus grand nombre il ne fait pas de doute que ces dernières sont exclues du champ d'application, *ratione personae*, de la loi de 1978¹¹⁷⁴, nous n'avons également pas hésité à soutenir que celles-ci pouvaient légitimement prétendre au droit d'accès et de rectification des articles 34 et suivants et ce, au vu de la masse considérable d'informations traitées et diffusées sur leur compte¹¹⁷⁵. Pouvons-nous réitérer notre position s'agissant cette fois des dispositions de l'article 3 ? En effet, s'agissant des droits reconnus par article 3, les personnes morales ne sont-elles pas les grandes oubliées du système mis en place ?

518. Plan. Nous ne pouvons que répondre positivement à cette question. Car, à y regarder de plus près, n'est-ce pas pour cette catégorie de population que le risque de catégorisation, de stigmatisation est le plus grand et le plus dommageable économiquement parlant ? N'est-ce pas pour elle que le droit de contestation serait le plus utile ? Nous le pensons. Pour nous convaincre de l'existence de ce risque (A), et donc de la nécessité d'instaurer une possibilité de contestation (B), nous nous appuyerons sur un certain nombre d'exemples, dont celui particulièrement topique de la cotation Banque de France.

¹¹⁷¹ *Ibidem*.

¹¹⁷² JO débats, Sénat, précité, page 2771, colonne n° 1, *in limine*.

¹¹⁷³ *Ibidem*, page 2767, *in fine*.

¹¹⁷⁴ Voir *supra* n° 168 et suivants.

¹¹⁷⁵ Voir *supra* notamment, n° 250.

A Les risques pour les personnes morales de l'utilisation de l'outil informatique.

519. Plan. Comme pour les particuliers, la catégorisation, et la réduction des situations qu'elle amène, touchent pleinement les personnes morales (1°). Mais, ces risques, notamment dans le cas de la cotation Banque de France, emportent des conséquences qui peuvent, en raison de l'importance du crédit pour les entreprises et en raison de la place prise par le modèle informatique, s'avérer encore plus préjudiciables dans le cas des personnes morales (2°).

1° Un risque lié à la modélisation de la réalité de l'entreprise.

520. Généralités. En effet, comme pour les particuliers les entreprises personnes morales sont sujettes, de plus en plus, à une modélisation de la réalité qu'elles représentent. Il est effectivement exact que de plus en plus celles-ci se voient réduites et enfermées dans des standards censés retracer leur situation, leur santé économique et financière. De plus en plus, celles-ci se voient réduites à des notes synthétiques, à des avis ou des cotations attribués aussi bien par les établissements de crédit que par des organismes privés de renseignements commerciaux (ORT, EIOS...), ou encore par des institutions publiques comme la Banque de France, notamment au travers son fichier FIBEN. L'outil informatique n'est évidemment pas étranger à cette situation. Le développement dans le domaine du crédit aux entreprises des systèmes de scores et des systèmes experts a amplement contribué à ce phénomène de catégorisation des entreprises. En effet, nul besoin de préciser ici que la mise en place de ces techniques nécessite que soit effectué, en amont, des choix de critères, de caractéristiques censés retracer les forces et les faiblesses de l'entreprise. L'informatisation de la décision commande effectivement qu'un modèle, *a priori*, soit construit selon des normes standards. A défaut de passer par cette phase préalable, la mise en oeuvre concrète des mécanismes serait compromise. Il est vrai que ceux-ci requièrent, pour être rentables, qu'une masse relativement consistante d'entreprises puisse être visée par l'informatisation de la prise de décision. De ce point de vue, il est alors clair que le choix des critères de sélection sera conduit par le potentiel des entreprises susceptibles d'entrer dans ces normes. Dès lors, pour que le système soit applicable au plus grand nombre d'entreprises, ces choix devront donc rester relativement généraux ou, autrement dit, standards. C'est, en quelque sorte, un langage commun à partir de définitions et de concepts normalisés au sein de l'établissement de crédit qui sera mis en place. Nous ne reviendrons pas sur les avantages procurés en termes de productivité et d'efficacité d'utilisation de ces techniques de décision. En revanche, ce que nous pouvons dire c'est que ces avancées se sont très probablement faites au détriment de la finesse de l'analyse.

521. Une analyse du risque moins fine. En effet, le caractère relativement automatique et standardisé de cette forme de prise de décision implique forcément que des éléments plus qualitatifs, plus subjectifs soient laissés de côté. Or, dans un tel schéma les particularités qui font la singularité de l'entreprise sont gommées, l'enfermant irrémédiablement dans un moule dégrossi censé la représenter, et dont il lui sera, en

pratique, difficile de se défaire. La meilleure illustration de cet état de fait semble devoir être recherchée du côté de la cotation Banque de France.

522. L'exemple de la cotation Banque de France. Nous avons pu voir, lors de nos propos précédents ¹¹⁷⁶, que la Banque de France appréciait les qualités, supposées, des entreprises selon des critères très précis et limités, synthétisés dans trois cotes : la cote d'activité, la cote de crédit et la cote de paiement. Nous avons également vu que l'appréciation portée sur l'entreprise était complétée par un jugement sur les personnes qui la dirigeait, la cote des dirigeants ou des entrepreneurs individuels ¹¹⁷⁷. Quel meilleur exemple de catégorisation pouvions nous trouver que celui-ci ? Et même si la Banque de France se défend de tout automatisme dans la fixation de ses cotations, nous ne voyons pas très bien comment qualifier autrement les opérations qui consistent, d'une part, à récolter par le biais de ses succursales les informations nécessaires à leur confection, et d'autre part, à classer indéfectiblement les entreprises et leurs dirigeants dans des groupes à partir de ces mêmes informations, et sur la base de normes et de critères prédéterminés. Nous pouvons donc tenir pour dit que cette cotation relève d'un certain automatisme et d'une catégorisation certaine des entreprises de par son mode d'élaboration. La même remarque pourrait être faite s'agissant cette fois de l'appréciation portée sur les entreprises par des systèmes scores ou des systèmes experts.

523. L'exemple des scores et des systèmes experts. Pareillement à la cotation Banque de France ceux-ci permettent la production d'informations-résultats à partir de variables préétablies et standardisées qui ont le désavantage de ne pas tenir compte, dans ce cas aussi, de l'entière réalité de l'entreprise. Cette tare, inhérente à l'informatisation de la décision, nous est, semble-t-il, parfaitement révélée par la réflexion menée en son temps par Pierre CATALA ¹¹⁷⁸. En effet, selon ce dernier, « Lorsqu'on travaille non sur le texte intégral, mais sur des résumés ou des abstracts, le problème est celui de la fiabilité de l'analyse au fond et dans la forme. Au fond, il faut un bon analyste. Dans la forme, il faut organiser le vocabulaire, la terminologie de l'analyse. Or, opérer sur une liste limitative de mots, ne permet pas d'exprimer tout le détail et toutes les nuances. De toute manière, poursuit-il, on retrouve cet effet de standardisation, qui se traduit ici par une stylisation des expressions, caractéristique de la mécanisation ». Il est vrai que comme nous l'avons signalé pour les personnes physiques, l'informatisation opère une réduction de l'être décrit et apprécié par référence à un modèle choisi *a priori*. C'est là une condition préalable à la mise en oeuvre effective de ces systèmes d'aide à la décision. Cependant, à ce stade de l'étude l'on est en droit de s'interroger sur les conséquences, négatives, qui peuvent résulter de l'usage de ces techniques, et plus précisément de la simplification qu'elles opèrent sur le monde de l'entreprise.

2° Un risque accentué par la pratique bancaire.

¹¹⁷⁶ Voir *supra* n° 63 et suivants.

¹¹⁷⁷ Voir *supra* n° 65.

¹¹⁷⁸ Pierre CATALA, « L'entreprise et la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », Revue de Jurisprudence Commerciale, novembre 1979, n° spécial, page 508.

524. L'influence de ces méthodes dans l'élaboration de la décision. Car, la grande caractéristique de ces techniques, cotation Banque de France et *scoring*, est qu'elles permettent la synthèse, sous forme de note, de la situation économique et financière de l'entreprise. C'est bien d'ailleurs dans ce trait que réside l'avantage pour les décideurs. Mais, c'est également en lui que se situe le siège de tous les dangers pour l'entreprise. En effet, le jugement synthétique qu'amènent ces traitements informatiques opère une réduction extrême de la personne morale, de ce qu'elle représente aux yeux des tiers. Et, c'est pourtant en s'appuyant sur ces informations-résultats que les établissements de crédit prennent leurs décisions d'octroi ou de refus du crédit. Cette dernière observation est particulièrement vraie lorsqu'on l'applique à la cotation de la Banque de France. Car s'agissant des résultats scores et des appréciations système expert, nous avons pu souligner qu'à eux seuls ils conditionnent rarement la prise de décision¹¹⁷⁹. La même réserve ne peut, selon nous, être dressée concernant la cotation Banque de France, et tout spécialement sa cote de crédit.

525. Influence accentuée par les nécessités du refinancement. Cette dernière revêt un aspect primordial pour l'entreprise concernée mais également pour l'établissement de crédit qui entend lui faire crédit. En effet, pour certaines formes de crédit les établissements de crédit peuvent prétendre au refinancement proposé par la Banque de France. Concrètement, cela signifie que les établissements de crédit pourront moyennant cession de leurs créances, et selon un taux d'intérêt, obtenir la contrepartie financière de celle-ci. L'intérêt est ici évident car ce système permet aux établissements dispensateurs de crédit de disposer immédiatement du montant de la créance cédée sans attendre l'échéance du crédit. Néanmoins, la Banque de France avant de s'engager demande à ce que deux conditions principales soient réunies. D'une part, il ne peut s'agir que de crédits à court terme¹¹⁸⁰, d'autre part, le refinancement ne concerne que les crédits délivrés à des entreprises cotées 3¹¹⁸¹. Ainsi, à titre d'exemple, les créances liées à l'escompte d'effets de commerce détenus par les établissements de crédit seront éligibles aux interventions de la Banque de France sur le marché monétaire, mais seulement si elles sont cotées 3¹¹⁸². Il est alors bien évident que pour ne pas se priver de la manne du refinancement, les établissements de crédit auront tendance à écarter des crédits mobilisables les entreprises qui auraient une autre cote que celle exigée par la Banque de France¹¹⁸³.

B Intérêts et limites de l'extension du droit de contestation aux personnes morales.

¹¹⁷⁹ Voir *supra* n° 394 et n° 398.

¹¹⁸⁰ Recensés sous les rubriques : « escompte et opérations assimilées », « crédits à l'exportation », « crédits de trésorerie », « crédits à l'équipement », « crédits à l'habitat », « autres crédits à la clientèle », « affacturages », de la comptabilité bancaire, modèle 4028 BAFI.

¹¹⁸¹ Rappelons-le, attribuée à une entreprise dont la situation financière et la rentabilité justifie une opinion favorable, et dont les paiements sont assurés régulièrement, et dont les dirigeants, les détenteurs du capital et les entreprises apparentées ou entretenant des liens étroits avec elle n'appellent aucune réserve.

526. Principe. Dans cette configuration de distribution du crédit, il paraîtrait légitime que les personnes morales puissent remettre en cause les critères et les informations à l'origine de la cotation. Cette opportunité semble encore plus justifiée si l'on considère que les décisions d'octroi ou de refus, tous crédits confondus, c'est-à-dire les crédits refinançable, mais également les autres formes de crédit, s'appuient, généralement et amplement, sur les différentes cotes distribuées par la Banque de France ¹¹⁸⁴. L'intérêt sur le plan de l'accès au crédit, dont on sait qu'il peut constituer chez nombre d'entreprises un élément moteur de leur stabilité, d'une possibilité de connaissance et de contestation des raisonnements utilisés, des critères et de la place qu'ils tiennent dans la fixation de la cotation finale, nous paraît alors tout à fait pertinent. Mais, il semble que de ce point de vue, la Banque de France ait pris conscience de l'importance de son appréciation pour les entreprises en privilégiant le dialogue avec ces dernières quant à la notation qui leur est attribuée (1°). Or, face à la généralisation de l'usage des scores, qu'ils soient issus de la Banque de France ou des établissements de crédit, et des dangers qui y sont liés, ne sommes-nous pas fondés à prôner une protection a minima des intérêts des personnes morales ? (2°).

1° Dans le cas de la cotation Banque de France.

527. La prise en compte de l'intérêt par la Banque de France : la possibilité d'un dialogue. En effet, du discours de la Banque de France il ressort que la cotation fait l'objet d'une communication systématique aux responsables de l'entreprise ¹¹⁸⁵. Elle fonde même cette communication sur le droit aux entreprises d'avoir accès et de rectifier toutes les informations qui la concernent ¹¹⁸⁶. Recensant une très grande majorité de personnes morales, l'on peut se demander si par sa politique la Banque de France n'entend par leur étendre, *de facto*, certains droits issus de la loi informatique et libertés. La généralité des termes employés semble le confirmer d'autant plus que celle-ci n'hésite pas à faire valoir que la communication individuelle et confidentielle de la cotation aux représentants légaux des entreprises, représente une occasion privilégiée de dialogue

¹¹⁸² Nous signalerons que si dans le cas général, c'est la cote attribuée à l'entreprise sur laquelle l'établissement de crédit détient les créances, dans le cas spécifique des créances d'affacturage détenues par l'établissement de crédit, leur qualité doit être appréciée au regard de la cotation Fiben du débiteur final et non pas de celle de l'adhérent client de l'établissement. Voir documentation Banque de France, cahier des charges de la déclaration TRICP, version : V6 du 10 décembre 1998, page 6 *in fine*. Voir aussi Avis n° 98 – 2 précisant les conditions de mobilisation des créances privées visées au point 2.3-2 de la décision du Conseil de la politique monétaire n° 98 - 03 du 15 octobre 1998. Source Banque de France, CD ROM Théorbe.

¹¹⁸³ Nous ferons néanmoins remarquer que la Banque de France admet un pourcentage d'entreprises non cotées 3 égale à 10 % maximum. Au-delà de ce seuil, c'est toutes les demandes de refinancement qui seront rejetées en bloc. La Banque de France veille particulièrement à la qualité des signatures puisqu'elle opère par contrôle hebdomadaire.

¹¹⁸⁴ Cote d'activité, cote de crédit et cote de paiement, voir *supra* n° 63 et suivants.

¹¹⁸⁵ Voir site Internet Banque de France : [http : //www.banque-france.fr/fr/info/cotation/2.htm](http://www.banque-france.fr/fr/info/cotation/2.htm).

¹¹⁸⁶ *Ibidem*.

entre la Banque de France et l'entreprise. Il apparaît donc, au regard de ce qui vient d'être dit, que la transparence est de mise entre la Banque de France et l'entreprise. Les critères employés pour la construction de la cotation étant pour large partie rendus publics ¹¹⁸⁷, l'entreprise individuelle ou la personne morale peut donc les connaître, et à partir de là demander de plus amples précisions ¹¹⁸⁸ sur les modes d'établissement de la cotation, par exemple le poids de chacun d'eux dans l'attribution de telle ou telle note. Cette démarche devrait alors suffire à garantir l'intégrité et la conformité de la cotation par rapport à la situation réelle de l'entreprise visée. Cependant, il faut reconnaître que même dans ce schéma, la cotation opère forcément une réduction de la réalité de l'entreprise, puisqu'elle reste assise sur des critères prédéterminés, simples et limités en nombre. Une véritable possibilité de contestation serait alors celle qui autoriserait la remise en cause des critères selon la spécificité de chaque entreprise.

528. Une ouverture limitée par la nécessité de protéger l'intérêt général. Outre le fait que cette ouverture serait beaucoup trop lourde à mettre en oeuvre si un nombre important d'entreprises contestaient la cotation, il y a fort à penser que la Banque de France ne remettrait pas forcément en cause ses critères, et notamment, ceux relatifs à l'attribution de la cote de crédit 3 qui, jusqu'à présent, a constitué un indicateur fiable de la politique monétaire de la Banque de France. Prendrait-elle le risque de modifier une telle technique sur le fondement de considérations propres à l'entreprise, et qui pourraient être contraire à l'intérêt général ? A la lumière de cette dernière réserve, il y a fort à penser que la voie du dialogue ne permettra certainement pas de remettre fondamentalement en cause le système établi par la Banque de France. Elle aura en revanche très probablement le mérite d'indiquer aux dirigeants des entreprises les raisons qui ont mené à telle ou telle cotation, et par voie de conséquence de leur offrir l'opportunité de rectifier les aspects négatifs de leurs affaires. Mais, cette transparence affichée semble s'arrêter à cette seule forme d'évaluation de la dignité de crédit, ainsi qu'à ce seul protagoniste. Car, s'agissant des scores Banque de France ¹¹⁸⁹ et des scores propres aux établissements de crédit, le secret paraît la règle.

2° Dans le cas des scores.

a./ Scores de la Banque de France.

529. Dangers des scores Banque de France. Comme la cotation Banque de France, les scores Banque de France permettent une détection précoce des difficultés des entreprises. Nous pouvons même affirmer qu'ils ont quelque chose de beaucoup plus dangereux que la cotation Banque de France, en ce sens qu'ils ont pour objectif de détecter à l'horizon de trois ans la défaillance de l'entreprise ¹¹⁹⁰. C'est dire que l'établissement de crédit qui, à l'occasion d'une demande crédit, aurait consulté un score

¹¹⁸⁷ *Ibidem.*

¹¹⁸⁸ « Nos équipes de spécialistes se tiennent en permanence à votre disposition pour vous fournir tous les éléments de précision ou d'explication que vous jugerez utiles ». *Ibidem.*

¹¹⁸⁹ Sur ce point, voir *supra* n° 404.

de la Banque de France, et aurait reçu un résultat indiscutablement négatif sur l'entreprise, pourrait, au vu de ce score, non seulement refuser la demande en question, mais toutes celles qui s'en suivrait, la santé de l'entreprise étant réputée fragile, si ce n'est désespérée (score négatif ou très négatif) sur une période s'étalant jusqu'à trois ans. Cette hypothèse ne nous semble pas du tout saugrenue si l'on s'en réfère à la position de la Banque de France et à la crédibilité dont elle jouit chez les banquiers. Il n'est dès lors pas inimaginable que le score, ainsi consulté, acquiert, auprès des établissements de crédit, une crédibilité et une constance qui pourraient être préjudiciables à l'entreprise personne morale ¹¹⁹¹. Un tel risque ne justifie-t-il pas que celle-ci puisse avoir accès, et à son score, et aux pondérations et croisements opérés sur les critères qui ont servi de base à sa construction ?

530. La nécessité d'un droit d'accès et de contestation. Cette possibilité s'avère d'autant plus justifiée qu'au dire de la Banque de France, « Le phénomène de défaillance étant extrêmement compliqué à prévoir, car le nombre de variables à prendre en compte est quasiment illimité ; elles ne sont d'ailleurs pas toutes disponibles et lorsqu'elles le sont, le choix de six à huit variables figurant dans un score est forcément simplificateur » ¹¹⁹². L'entreprise trouverait dans la connaissance des fondements mêmes du système un moyen de réajuster le score en fonction de ses caractéristiques propres, et non pas à partir de standards plus ou moins éloignés de celles-ci. L'on doit toutefois faire remarquer que dans le cas des scores de la Banque de France, l'utilisateur (établissement de crédit) et le concepteur (Banque de France), étant des organismes différents, des difficultés d'ordre pratique risqueraient de voir le jour.

531. Des difficultés pratiques. En effet, concernant les premiers, ceux-ci ne sont accessibles que par les établissements de crédit via le module 38 du FIBEN, qui permet des interrogations au cas par cas ¹¹⁹³. Cependant, les scores disponibles fonctionnent comme des boîtes noires, et il est impossible aux établissements de crédit consultants de connaître avec précision les pondérations et les croisements opérés sur les critères retenus. N'ayant pas eux-mêmes connaissance des logiques employées par la Banque de France, comment dans ce cas assurer la protection de l'entreprise qui se voit appliquer le système par personne interposée, en l'occurrence l'établissement de crédit qui utilise le système ? Ce dernier obstacle ne pourra cependant pas être invoqué lorsqu'il s'agira, non plus des scores Banque de France, mais des scores élaborés en interne par les établissements de crédit.

¹¹⁹⁰ A la différence de la cotation Banque de France, qui est un indicateur fiable des difficultés de l'entreprise qu'à très court terme : un an environ.

¹¹⁹¹ Dans ce cadre, il faudrait que le secret professionnel soit strictement respecté, comme il l'est pour la cotation Banque de France.

¹¹⁹² Bulletin de la Banque de France, n°90, juin 2001, page 74. Elle avoue également qu'une approche plus qualitative serait propice à l'approfondissement de l'analyse ou à la détection des défaillances des entreprises.

¹¹⁹³ Voir Bulletin de la Banque de France, juin 2001, n° 90, « Développements récents de la méthode des scores de la Banque de France ».

b./ Les scores internes.

532. Score interne à l'établissement de crédit. Il est vrai que pour ce dernier les entreprises personnes morales auront tout autant intérêt à en connaître le fondement, dès l'instant où le score sera opposé à la personne lors de la décision d'octroi ou de refus d'un crédit. L'on perçoit davantage encore cet intérêt si l'on songe qu'on se situe, de plus en plus, pour l'évaluation de la santé des entreprises, dans un contexte où l'analyse synthétique domine. L'observation est vérifiée lorsqu'on parle de la cotation Banque de France, des scores Banque de France ou des scores des établissements de crédit, mais également lorsqu'on fait référence à tous les organismes privés de renseignements commerciaux.

533. Score de sociétés de renseignements. En effet, comme nous avons pu le dire ¹¹⁹⁴, ces derniers ne se contentent pas de diffuser l'information légale, mais apportent leur propre appréciation sur la santé financière et économique de l'entreprise. Les évaluations ainsi faites ne sont pas neutres, puisqu'elles pourraient servir d'élément de décision pour un établissement de crédit qui aurait consulté cette source d'information. Nous pourrions même dire qu'elles sont dangereuses car ces sociétés privées entretiennent l'ambiguïté entre l'information légale purement matérielle qu'elles fournissent, et les analyses qu'elles proposent. De sorte que, pour un oeil non averti, il résulte une confusion entre ce qui est une publicité légale et ce qui est une appréciation subjective du service ¹¹⁹⁵. L'avantage étant que celui qui consulte le service aura tendance à faire confiance à une information réputée légale qu'il jugera comme fiable et pertinente. Et s'agissant précisément de ces informations propres au service, la difficulté pour les entreprises visées réside dans le fait que les critères utilisés, ainsi que la portée des analyses qui aboutissent à ces appréciations, demeurent totalement inconnus.

534. Nécessité d'un accès aux raisonnements. Un auteur a d'ailleurs pu s'interroger ainsi sur le thème, « Comment évaluer, sans en connaître les critères, les notations des entreprises par un service d'informations commerciales ? » ¹¹⁹⁶. En effet, c'est bien là tout l'intérêt du débat, la possibilité d'avoir accès aux critères et aux cheminements intellectuels automatiques qui aboutissent à l'attribution de telle ou telle notation, et par voie de corollaire la possibilité de les remettre en cause afin de rétablir, si nécessaire, la vérité sur l'entreprise. « D'autant, ajoute l'auteur, que l'impératif de concision des informations contenues dans un service télématique ajoute encore à la difficulté. Ainsi, apparaît-il parfois une inadéquation évidente entre la notation retenue par une société, sur des critères inconnus, et la mention figurant en conclusion ou en conseil pour le consultant » ¹¹⁹⁷. Il nous apparaît clairement, au regard de ces quelques paroles,

¹¹⁹⁴ Voir *supra* n° 250 et 251.

¹¹⁹⁵ La confusion est d'autant à relever que parfois ces sociétés intègrent dans leur dénomination sociale le terme « légal » ce qui tend à accréditer le caractère officiel des informations qu'elles diffusent.

¹¹⁹⁶ Jean-Jacques LE PEN, « Données à risques sur les entreprises », *Revue Expertises*, février 1993, page 64.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*. L'auteur prend l'exemple d'une société qui bénéficiait d'une note de 14/20, mais dont la conclusion était : « paiement : à surveiller », apparemment sans rapport avec la note.

que cette synthétisation à outrance ne favorise pas la prise en compte de la spécificité de l'entreprise. En effet, dans ce schéma, et à l'instar de la cotation Banque de France et des systèmes score, les critères retenus doivent être simples et peu nombreux afin de donner la pleine efficacité aux traitements. Tout ce qui dépend de l'appréciation humaine relève du superflu¹¹⁹⁸, car difficile à codifier, et par voie de conséquence difficile à mettre en oeuvre.

535. Pour l'extension des droits reconnus à l'article 3 aux personnes morales.

Pour les entreprises la standardisation, l'uniformisation selon des modèles, des critères préétablis est loin de constituer une exception et tend, avec le développement de l'informatique, à se généraliser. Pour rompre avec cet état de fait il n'y a pas pléthore de recours, il faudrait simplement ouvrir aux personnes morales les droits reconnus par la loi de 1978 aux personnes physiques et, en l'espèce, tout spécialement ceux permettant la connaissance des informations et des raisonnements ou des logiques utilisés, ainsi que la possibilité de les remettre en cause afin de rétablir l'entière vérité quant à la dignité de crédit de l'entreprise. Mais, le législateur qui avait l'occasion, lors de la transposition de la directive communautaire, d'étendre aux personnes morales les droits reconnus par celle-ci, n'a pas estimé opportun de le faire. Pour les entreprises personnes morales, c'est donc une voie autre que celle de la législation informatique et libertés qui devra être empruntée¹¹⁹⁹.

536. Les obstacles à la rétention. Sans doute que le spectre du secret des affaires n'est pas étranger à ce *statu quo*. En effet, le droit à la connaissance et à la contestation des raisonnements ou des logiques employés n'impliquerait-il pas une intrusion illégitime dans des techniques, développées en interne d'après un savoir-faire certain, que les établissements de crédits tiennent à conserver secrètes, et ce afin de maintenir un avantage concurrentiel ? N'y aurait-il pas là une atteinte certaine à la liberté de gestion et d'entreprendre des établissements de crédit ? Car, il ne faut pas s'y tromper cette possibilité de contestation, d'ingérence dans la prise des décisions de crédit, telle qu'elle est admise pour les personnes physiques, est, selon nous, le siège de nombreuses sources de conflits. En effet, outre l'atteinte au secret des affaires, l'obligation d'explication qui naîtra forcément du strict respect de l'article 3 ne risque-t-elle pas, dans les faits, de dériver imperceptiblement vers une obligation de motivation de la décision ? Et en cas de remise en cause des critères, ne débouchera-t-elle pas vers une obligation de fournir la prestation consacrant ainsi une sorte de droit au crédit ? Toutes ces interrogations n'ont de cesse de démontrer que l'application pratique et effective de l'article 3 ne sera pas aisée et justifie amplement que l'on s'attache à lui donner une réponse.

SOUS/CHAPITRE 2 LES OBSTACLES A L'EFFECTIVITE DU DROIT A LA CONNAISSANCE ET A LA CONTESTATION OU LA NECESSAIRE PROTECTION DES INTERÊTS LEGITIMES DU BANQUIER.

¹¹⁹⁸ Les spécialistes auraient tendance à parler de « bruits ».

¹¹⁹⁹ Article 1382 du Code civil. Voir sur ce point, *infra* n° 906 et suivants.

537. De lege lata : absence de sanction propre à l'article 3 de la loi de 1978. C'est peut-être là une première barrière à l'application concrète de l'article 3 et par conséquent le premier moyen de protection des intérêts des établissements de crédit. En effet, ce qui intrigue l'esprit à la lecture de cette loi c'est l'absence pure et simple de sanctions propres à l'article 3. Si la loi de 1978, par l'entremise de l'article 3, offre à la personne dont les données sont traitées un droit d'accès, et de contestation, aux informations et aux raisonnements utilisés dans le système informatique, force est d'admettre qu'aucune sanction, directe, ne vise l'atteinte à la disposition. Ainsi, le législateur s'est contenté d'énoncer une règle de principe, mais sans entrevoir les mesures à appliquer en cas de violation de celle-ci. Pire encore, à lire dans le détail la loi de 1978, et à reprendre la formule d'un auteur, « Aucun texte n'organise pratiquement la mise en oeuvre du droit d'accès particulier de l'article 3 »¹²⁰⁰. Or, admettons que dans une telle configuration juridique, il est difficile, pour ne pas dire impossible, d'assurer une réelle effectivité à la disposition. Néanmoins, il nous semble que cette vue du cadre législatif peut être adoucie.

538. Atténuation par l'extension des dispositions relatives au droit d'accès général. Car, après tout, même s'il s'agit d'un « droit d'accès particulier », cela reste fondamentalement un droit d'accès, qui, à ce titre, peut être largement assimilé à celui qu'organisent les articles 34 et suivants de la loi de 1978. Partant, il nous est possible de soutenir qu'aussi bien les sanctions relatives aux atteintes au droit d'accès général, que les modalités de mise en oeuvre concrètes de ce droit, pourront recevoir application dans le cadre des dispositions de l'article 3. C'est donc bien d'une absence de sanction directe dont il faut parler pour le droit d'accès prévu à l'article 3. Et même si l'on peut laisser présager des modalités d'accès quelque peu différentes, voire délicates¹²⁰¹, la matière objet de l'article 3 étant beaucoup plus large, et plus sensible, il nous semble réaliste de penser que les dispositions des articles 34 et suivants devront assurer, effectivement et pratiquement, l'efficacité du dispositif. Cette analyse, loin d'être saugrenue, vient d'ailleurs d'être confirmée par le projet de loi de transposition de la directive.

539. Une vision confortée par la transposition de la directive. Effectivement, l'article 39 - I qui traite du droit d'accès¹²⁰², intègre la possibilité pour les personnes physiques d'interroger le responsable du traitement, « En vue d'obtenir [...] les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement... ». Rappelons que ce droit est « l'équivalent »¹²⁰³ dans la directive à transposer, de celui décrit à l'article 3. Il apparaît alors comme axiomatique que la matière doive être traitée à l'aune de toutes les dispositions organisant pratiquement le droit

¹²⁰⁰ Jean FRAYSSINET, « Informatique, fichiers et libertés », éditions Litec, 1992, précité, n° 225, page 93.

¹²⁰¹ Voir *infra*, problèmes juridiques liées à la mise en oeuvre effective de l'article 3.

¹²⁰² Sur ce droit, voir, notamment, délibération de la CNIL n° 80 – 40 du 1er avril 1980 portant recommandation relative à la mise en oeuvre du droit individuel d'accès au fichier automatisé. Voir aussi Jean-Luc DUFOURNAUD, ouvrage précité, « Informatique et libertés : les banques et le traitement des données », page 29 et suivantes.

¹²⁰³ Quant à notre scepticisme sur cette équivalence, voir *supra* n° 458 et suivants.

d'accès. Au surplus, à reprendre l'article 12 de la directive à transposer, qui contient la disposition en cause, on pourra s'apercevoir qu'il est intitulé « Droit d'accès ». Ce détail ne peut que finir de nous convaincre que l'effectivité du droit à la connaissance et à la contestation des logiques informatiques dépend des textes organisant le droit d'accès. Un vide juridique vient donc d'être comblé par le projet de transposition de la directive. Cependant, ce n'est là qu'un point de détail en comparaison des conflits que devrait susciter l'application pleine et efficace du dispositif prévu à l'article 3.

540. L'article 3 et les risques d'atteinte aux intérêts légitimes du banquier. En effet, le problème avec le droit à la connaissance et à la contestation des raisonnements informatiques, c'est qu'il permet une intrusion dans des systèmes développés à l'interne par les établissements de crédit. Or, ces techniques forment tout à la fois la base de la prise de décision du banquier, et, au moins pour les sociétés financières, le socle de leur survie économique. La difficulté est qu'en offrant une possibilité de contestation au demandeur de crédit, l'on vient heurter un principe solidement ancré en droit du crédit, et qui veut que le banquier soit libre de contracter et donc d'octroyer ou de refuser sa confiance. Mais, en ouvrant la porte de l'immixtion dans la décision, par le truchement de l'article 3, le risque demeure que le demandeur insatisfait vienne remettre en cause la décision et ainsi porter atteinte à la liberté d'action de l'établissement de crédit, et au principe qu'il n'existe pas de droit au crédit. A cela s'ajoute le fait que les établissements de crédit ont développé souvent à grands frais ces systèmes de sélection. Or, en permettant l'accès à ces derniers ce n'est plus seulement la liberté d'agir du banquier qui est mise en péril, mais tout l'édifice de pertinence de la sélection ainsi établie. En effet, au plan économique, cette immixtion permise peut avoir des conséquences catastrophiques en cela qu'en accédant au cœur du système le demandeur pourra connaître les critères déterminants de la dignité de crédit et, à la rigueur, adapter ses réponses afin d'obtenir illégitimement le crédit. Cela pourrait, si le nombre de fraudes, ainsi facilitées, se multipliait, aboutir à grever sérieusement le compte d'exploitation des établissements de crédit. Mais pire encore, en permettant l'accès à ce qui fait la spécificité de ces méthodes, les établissements de crédit qui ont su construire, moyennant des investissements considérables, un savoir-faire certain en matière de sélection du risque, pourraient voir la concurrence venir parasiter de tels efforts. En effet, les établissements de crédit moins performants, dont on peut penser que ceux venus de l'étranger occuperont le premier rang faute d'une connaissance approfondie des spécificités du marché local, pourraient ainsi facilement obtenir les fondements techniques de ces systèmes, et en tirer tous les bénéfices mais sans en avoir assumé les coûts d'élaboration. D'ailleurs, dans cette dernière hypothèse il ne s'agira alors plus seulement d'une atteinte aux intérêts économiques des concepteurs, mais également d'une atteinte à ces intérêts moraux en tant que créateurs du résultat final. Il est vrai qu'il n'est d'emblée à exclure que ces techniques soient éligibles à la législation relative à la propriété intellectuelle. Ces systèmes pouvant effectivement s'apparenter à une œuvre de l'esprit et, en tant que telle, protégeable au titre des droits d'auteur. Comme nous le verrons, ce constat s'impose tout particulièrement dans le cas des systèmes experts.

541. Démarche. Les intérêts ici évoqués, protection de la liberté de décider, protection des intérêts économiques, protection de la création intellectuelle, ne méritent-ils alors pas qu'ils soient juridiquement consacrés ? Qu'advient-il d'eux si l'on devait

appliquer à la lettre l'article 3 ? N'y aurait-il pas là une atteinte intolérable au secret des affaires, au droit d'auteur et à la liberté de gestion des établissements de crédit ? La réponse ne peut, de notre opinion, être que positive. Il nous paraît donc tout à fait légitime que les établissements de crédit puissent défendre leurs intérêts économiques et moraux premiers. Or, tout l'intérêt de notions comme le secret des affaires, le droit d'auteur ou la liberté de contracter, est qu'elles constituent autant d'intérêts à protéger que des moyens de protection, au demeurant fortement corrélés, l'invocation de l'une de ces parades servant de protection à l'autre. Or, afin de percer tous les tenants et aboutissants liés à ces modes de défense, il nous semble important d'envisager leur étude de façon séparée. C'est pourquoi dans un premier développement nous nous attarderons à identifier en quoi le principe de liberté de décision peut apparaître comme menacé au regard de l'article 3, notamment, mais surtout en quoi il peut également constituer une parade (section 1). Après quoi nous nous pencherons sur la question des droits d'auteur (section 2) base de défense relativement fragile, pour finir sur ce qui devrait constituer finalement le seul moyen de défense pertinent, c'est-à-dire le secret des affaires (section 3).

SECTION 1 De la légitimité d'une rétention face au risque d'atteinte à la liberté de décision des établissements de crédit.

542. Problématique. C'est là le premier risque lié au droit d'accès et de contestation des informations et des raisonnements utilisés pour la prise de décision de l'établissement de crédit. En effet, l'ingérence qu'autorise ce droit dans l'élaboration même de la décision a un effet perturbant au plan de la liberté d'agir du banquier. Cette liberté est d'ailleurs d'autant plus mise en péril qu'au cas de l'article 3 que nous venons d'exposer, s'ajoute insidieusement le cas de l'article 2 de cette même loi, et qui vient poser la nécessité, pour le banquier, de ne pas fonder sa décision uniquement sur un résultat informatique. Or, comme nous le verrons, prouver l'intervention humaine revient indirectement à motiver un minimum la décision. Ce dernier cas d'ingérence devrait au surplus se voir accentué lors de la transposition de la directive communautaire par la possibilité, en cas de décision entièrement automatisée, pour la personne, de « faire valoir son point de vue », ce qui, là encore, conduira les établissements de crédit à révéler les raisons du refus de crédit. Dans ces conditions c'est une véritable obligation de motivation des décisions qui est exigée par ces différents textes. Or, la motivation entraîne implicitement, et le phénomène est bien connu des administrativistes, une possibilité de remise en cause de la décision prise. Le droit de contestation édicté par l'article 3 en est finalement qu'une excellente représentation. Mais l'on comprend qu'une telle analyse est totalement inacceptable pour les établissements de crédit car la matérialisation d'une telle obligation de motivation, et la possibilité de contestation (I), viennent directement porter atteinte à la liberté qu'a le banquier de dire non. Admettre l'inverse serait aller dans le sens d'une possible reconnaissance d'un droit au crédit. Or, un tel résultat ne pourrait qu'entraîner la ruine du système bancaire français. C'est pourquoi il doit être trouvé dans notre droit, au travers le principe de liberté de contracter, le fondement juridique pouvant éviter d'arriver à ce travers (II).

I Matérialisation de l'atteinte.

543. Démarche. La mesure de la réalité de l'atteinte au principe de liberté de décision des établissements de crédit, et par voie de conséquence la légitimité d'une rétention des informations formant le cœur des systèmes sur la base de ce même principe (B), passe nécessairement par l'étude des cas d'atteinte possible à cette liberté (A).

A Les cas d'atteinte.

544. Plan. Nous l'avons dit, le danger ne provient plus seulement de l'article 3 (1°), même si c'est dans ce dernier cas que les incertitudes sont les plus grandes, mais également des dispositions préconisant le principe d'humanité des décisions ¹²⁰⁴ (2°).

1° Cas de l'article 3.

545. Une obligation de motivation. Selon nous, il est effectivement inéluctable qu'une lecture bien comprise des dispositions de l'article 3 amènera sans nul doute les établissements de crédit à motiver leurs décisions de crédit. La nécessité d'une communication en langage clair des informations implique cela. De même que, plus sûrement encore, la possibilité de contester les logiques utilisées. Il y a vrai que l'effectivité de cette dernière disposition suppose que la personne ait, au minimum, en sa possession les raisons ¹²⁰⁵ qui ont amené la machine à produire le résultat final. Car, à défaut pour l'individu de connaître ces informations, la contestation sera, et on le comprend, impossible. En effet, comment contester ce dont on n'a pas connaissance ? Partant, nous ne voyons pas très bien comment il serait possible à un établissement de crédit de respecter les dispositions de l'article 3 sans que cela l'amène irrémédiablement à motiver ses décisions de refus de crédit. Certains auteurs avaient, à la sortie de la loi de 1978, déjà fort bien perçu la problématique qu'introduisait l'article 3. Ainsi, s'agissant des administrations, André HOLLEAUX ¹²⁰⁶ a pu dire que, « Désormais chaque fois que l'administration opposera à un usager les résultats de l'ordinateur, celui-ci pourra ne pas s'incliner et demander des explications sur la façon dont la machine a opéré. Ceci conduira par ricochet l'organisme responsable non seulement à motiver sa décision mais encore à en analyser et faire connaître dans un langage clair les composants ». Certes, la réflexion concernait les traitements utilisés par l'administration, et dont on sait son obligation de motivation en cas de décision défavorable ¹²⁰⁷. Mais, en l'espèce la remarque semble totalement détachable et détachée de cette obligation, qui visait à donner un sens, général, à la disposition de l'article 3 ¹²⁰⁸. Cette vision de l'article 3 sera d'ailleurs confirmée un peu plus tard par le Professeur Pascal ANCEL ¹²⁰⁹ pour qui, « On peut penser que ce texte introduit, implicitement, une exigence de motivation des

¹²⁰⁴ Voir pour une analyse détaillée de ce concept, *infra* n° 955 et suivants.

¹²⁰⁵ Concrètement, feront partie de ces raisons les critères, les pondérations affectées à ces derniers, ainsi que les croisements opérés.

¹²⁰⁶ « La loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés », *Revue Administrative*, 1978, page 32.

¹²⁰⁷ Voir sur ce point de contact avec l'article 3, André LUCAS, « Le droit de l'informatique », P.U.F., 1987, n° 103, page 116.

décisions de refus ». L'obligation de motivation de la décision fondée sur un traitement informatique semble donc acquise. Elle l'est au regard de l'article 3¹²¹⁰, mais aussi, nous semble-t-il, au regard de l'article 2¹²¹¹. Ceci, en pratique, ne devrait qu'accentuer les cas d'obligation de motivation des décisions par les établissements de crédit, et par prolongement les hypothèses d'atteinte à leur liberté de décision.

2° Cas de l'article 2.

546. Démarche. Bien plus que l'obligation de prouver l'intervention humaine dans le cadre de l'interdiction fixée par l'article 2, c'est davantage des règles établies par le droit communautaire, via son article 15, et dont la transcription en droit français apparaît comme acquise, que risque de venir un nouveau cas d'atteinte au principe de liberté de contracter des établissements de crédit. En effet, deux raisons nous font penser que le principe d'humanité intègre, lui aussi, implicitement une obligation de motivation des décisions de refus à un degré plus ou moins important suivant que la décision est prise sur le seul fondement du traitement informatique (a./) ou alors qu'elle est fondée sur d'autres éléments (b./).

a./ Cas des décisions prises sur le seul fondement d'un traitement informatique.

547. Motivation et nécessité de faire valoir son point de vue. En effet, il se peut que l'établissement de crédit fonde sa décision d'octroi ou de refus uniquement sur la base d'un traitement informatique type score ou système expert. L'article 10 du projet de loi rend légitime une telle pratique, contrairement à l'article 2. Cependant, cette nouvelle disposition issue de la directive communautaire introduit une condition essentielle que la personne sujette à évaluation ait « été à même de présenter ses observations »¹²¹². Ce dernier membre de phrase doit être analysé à l'aune de la disposition de la directive qu'il transpose. C'est-à-dire comme, « La possibilité de faire valoir son point de vue »¹²¹³. Or, cette dernière possibilité ou la capacité à présenter « ses observations » pour la personne, présuppose que celle-ci ait un minimum de connaissances quant aux motifs de la décision. En d'autres termes, cela signifie que la personne soit tenue informée des logiques employées par l'ordinateur, c'est-à-dire des critères, pondérations et croisements

¹²⁰⁸ La suite du propos le confirme puisque l'auteur nous dit que, « La généralité et la netteté de l'article 3... imposera aux administrations, entreprises et tous organismes informatisés de se doter de moyens suffisants pour donner aux personnes fichées les précisions requises sur les données ayant concouru à la décision et sur les programmes ou logiciels de la machine... ». *Ibidem*.

¹²⁰⁹ « La protection des données personnelles : aspects de droit privé français », précité, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987/3, page 623, et page 624 *in limine*.

¹²¹⁰ Et au regard de l'article 39.

¹²¹¹ Article 10 du projet de loi.

¹²¹² Pour une analyse détaillée de ces dispositions, voir *infra* n° 970 et suivants, notamment n° 1043.

¹²¹³ Article 15 - 2 a/ de la directive 95 /46 /CE précitée, *infra* n° 1043.

utilisés dans le traitement score par exemple. A défaut il serait difficilement concevable que l'individu soit en mesure de présenter une quelconque observation. En effet, à défaut d'être informé, sur quelle matière porteraient les observations ? Mais, pour mettre en oeuvre cette disposition, l'établissement de crédit en question sera donc bien obligé, là encore, d'expliquer les choix de la machine, en somme les raisons qui ont abouti au résultat sur l'unique base duquel la décision aura été prise. Implicitement, c'est bien d'une motivation de la décision qu'il s'agit en l'espèce. Un auteur ¹²¹⁴ a d'ailleurs clairement exprimé son inquiétude sur ce point. Partant de la possibilité pour la personne de « faire valoir son point de vue », celui-ci nous dira que, « Les établissements bancaires ne sauraient en effet organiser une procédure permettant aux candidats emprunteurs de venir contester les raisons du refus ». C'est bien une certitude, l'analyse fidèle de l'article 10 amènera un cas supplémentaire de motivation des décisions de crédit, et par voie de conséquence un cas d'atteinte supplémentaire à la liberté de gestion du banquier. Il est cependant important de souligner que cette obligation de motivation aura, dans ce cas précis, peu souvent à jouer.

548. Limite à la motivation dans le cadre de l'article 2. Cette partie de l'article 10 n'ayant vocation à s'appliquer que lorsque la décision est uniquement prise sur le fondement d'un traitement informatique... . Très probablement, les établissements de crédit ayant à cœur de garder par-devers eux les raisons du refus de crédit éviteront d'utiliser ce seul procédé pour prendre leur décision. Mais alors, dans le cadre d'un résultat score opposé à la personne, sans qu'il soit l'unique fondement de la décision, l'établissement de crédit aura à prouver l'intervention humaine.

b./ Cas des décisions partiellement prises sur la base d'un traitement informatique.

549. Nécessité de prouver l'intervention humaine et obligation de motivation. Or, cette preuve obligera très certainement l'établissement de crédit à préciser que d'autres éléments sont intervenus dans la décision finale. Cette exigence n'oblige-t-elle pas, indirectement, la banque à justifier sa décision ? On peut le penser, car le simple fait d'établir que d'autres motifs ont contribué à la prise de décision finale empiète sur la liberté de décision du banquier. En effet, il nous semble que cette preuve ne pourra être apportée que par la seule parole du banquier. Elle nécessitera à coup sûr que le banquier démontre concrètement qu'il a entrepris d'autres actions (humaines) que la simple pression d'un bouton. Par exemple, qu'il a étudié la cohérence du résultat en fonction des critères en sa possession ou qu'il a consulté un fichier d'incidents de paiement ou qu'il a consulté l'historique du compte si le demandeur possède un compte dans la banque... En somme, s'il démontre tout fait de nature à établir l'intervention humaine. Il serait certainement exagéré de considérer que la mesure implique une obligation indirecte de motivation de la décision. Malgré tout, la disposition demeure perverse puisqu'un demandeur qui obtiendrait connaissance, d'une part, d'une note score positive, et d'autre part, de la consultation d'un fichier d'incidents de paiement (interne ou officielle) déduira facilement la raison du refus. Le respect de l'article 2 peut donc dans certains cas indiquer les motifs du refus. La CNIL avait même été beaucoup plus loin en cette matière.

550. Une obligation de motivation confortée par la position de la CNIL. En effet,

¹²¹⁴ Jean-Luc DUFOURNAUD, précité, page 39.

à la lecture d'une délibération du 30 avril 1985 ¹²¹⁵, la CNIL a audacieusement, mais prudemment, posé comme principe que : « Toute personne à laquelle un refus de crédit est opposé soit informée, par écrit ou oralement, des raisons de ce refus de façon suffisamment explicite ». Par cette mesure, son intention légitime, a été, entre autres, de faire respecter l'article 2 de la loi de 1978 ¹²¹⁶. Le rapport d'activité de cette commission pour l'année 1985 ¹²¹⁷ montre parfaitement cette préoccupation. Ainsi, était-il écrit que « La commission s'est interrogée sur la compatibilité de la pratique du score avec l'article 2 [...] A notre connaissance, le refus du crédit au vu du score ne fait pas systématiquement l'objet d'un examen parallèle non automatisé ». Selon la CNIL, la parade à cette pratique ne pouvait venir que d'une obligation de motivation des décisions en obligeant les établissements de crédit à démontrer l'intervention humaine. Mais, c'était là posée une condition totalement inacceptable pour les établissements de crédit. Exiger, sous prétexte d'assurer l'effectivité des articles 2 et 3, l'obligation de motivation des décisions de refus de crédit, remettait, selon les établissements de crédit, radicalement en cause le principe de la liberté de contracter ou de refuser de contracter. Avec toutes les conséquences que cela pouvait engendrer, notamment quant au principe qu'il n'existe pas de droit au crédit.

B Conséquence à l'égard du principe de l'inexistence d'un droit au crédit.

551. Plan. Passé les premiers émois, la question soulevée par des dispositions telles que celles des articles 2 et 3 consiste alors à savoir si elles risquent réellement de porter atteinte à cette liberté de contracter. La problématique est donc celle-ci : les risques liés à la motivation des décisions de refus que semblent impliquer les textes précités, justifient-ils que soit mis en échec les droits reconnus par ces mêmes textes ? (1°). Pour notre part, confortés en cela par l'analyse de l'état de la question dans d'autres pays, nous n'affirmerons pas que cette obligation de motivation, même si elle était consacrée, constitue un danger tel qu'elle puisse justifier un blocage des droits reconnus par la loi de 1978 (2°).

1° Les dangers d'une obligation de motivation.

552. Principe. Ce dernier principe a été soulevé avec force par les établissements de crédit. Pour eux il était établi que l'obligation de motivation souhaitée par la CNIL était injustifiée dès lors qu'il n'existe pas de droit au crédit ¹²¹⁸. A reprendre les propos de Jean-Luc DUFOURNAUD, « La possibilité de faire valoir son point de vue... semble en revanche difficilement envisageable en matière de crédit. Dès lors qu'il n'existe pas de droit au crédit, les établissements de crédit ne sauraient... organiser une procédure

¹²¹⁵ Délibération n° 85 - 15, précité, 6e rapport d'activité de la CNIL, page 79 et suivantes, pages 298 et 299.

¹²¹⁶ Voir sur ce point, Alice RECOQUE, « Intelligence artificielle et informatique », in ouvrage collectif, « Droit de l'informatique : l'hermine et la puce », Masson, 1992, page 67 et suivantes. Voir aussi, Laurent RICHEL, « L'application de la loi informatique et libertés aux relations entre les banques et leur clientèle », Revue Droit de l'Informatique et des Télécom, 1990/2, page 98.

¹²¹⁷ Sixième rapport d'activité de la CNIL, page 82.

permettant au candidat emprunteur de venir contester les raisons du refus »¹²¹⁹. Cette étude de la situation exprime selon nous parfaitement la problématique puisqu'il n'existe pas de droit au crédit, les établissements de crédit ne devraient pas à avoir à motiver leur décision face à un demandeur refoulé. En fait, par sa position la CNIL appliquait là un principe bien connu des administrativistes : l'obligation de motivation des décisions défavorables.

553. Position de la CNIL fondée sur un fondement textuel erroné. En effet, selon l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979, « Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet doivent être motivées les décisions qui : restreignent des libertés publiques... ; refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir »¹²²⁰. Et cette disposition s'étend même aux hypothèses dans lesquelles l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation dont le juge contrôle l'exercice. Visiblement, les similitudes avec l'acte de crédit sont apparues suffisamment fortes pour que la CNIL décide, selon certains auteurs¹²²¹, de transposer le raisonnement au « secteur des affaires et à la procédure d'octroi de crédit »¹²²². L'assimilation en matière de crédit était dangereuse lorsque l'on sait que d'après l'article 3 de cette même loi, « La motivation... doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ». Concrètement, cela signifie qu'il est nécessaire, pour l'organe décideur, de préciser exactement les considérations sur la base desquelles la décision est prise¹²²³. Pourtant, un auteur n'a, semble-t-il, pas hésité à tenir cette position bien longtemps après ce litige qui opposait CNIL et établissements de crédit.

554. Une position non contraire à l'esprit du texte. En effet, selon Guy Braibant, « L'automatisation de la prise de décision... susceptible, en elle-même, de porter atteinte à certains droits de la personne comme le droit à un examen particulier de son cas... ou l'exigence de motivation des décisions défavorables... Toute personne faisant l'objet d'une décision négative a droit à un examen particulier de son cas, et doit être à même de présenter ses observations et être informée des motifs de la décision prise à son

¹²¹⁸ Que la CNIL voulait, selon eux, promouvoir. Sur ce point précis, voir Ariane MOLE, « La loi informatique et libertés et les techniques de sélection de la clientèle par les organismes de crédit », Les Petites Affiches, n°101, 15 septembre 1986, page 122. Voir aussi, Laurent RICHET, précité, page 98, 2e colonne, Sophie GDJIDARA, « L'endettement et le droit privé », précité, n° 310, page 256.

¹²¹⁹ Jean-Luc DUFOURNAUD, ouvrage précité, page 39.

¹²²⁰ Sur cette loi et les principes qu'elle établit, voir Pierre DELVOLLE, « L'acte administratif », Sirey, 1983, n° 432 et suivants.

¹²²¹ Laurent RICHET, précité, page 98 ; Sophie GDJIDARA, précité, n° 310.

¹²²² Sophie GDJIDARA, précité. Pourtant, jusqu'à plus ample informé, nulle part la CNIL ne fait référence, de près ou de loin, à cette disposition.

¹²²³ Pierre DELVOLLE, précité, page 185, n° 438.

encontre... Les administrés doivent, au minimum, pouvoir connaître les critères pris en compte à l'appui des décisions automatisées, et avoir la faculté de demander un réexamen de leur cas particulier en dehors de tout cadre mécanique et dans des conditions qui leur permettent de faire valoir leur point de vue. Ces droits doivent également s'appliquer aux décisions d'organismes privés qui produisent des effets juridiques à l'égard des personnes... comme celles des... établissements bancaires en matière de crédit... »

555. Conséquence liée à la motivation : une porte ouverte à la contestation. Or, l'on sait également, et c'est là un grand principe du droit que, « La communication des motifs du rejet de crédit conditionne des possibilités de recours de l'emprunteur auquel un refus est opposé, et l'opportunité pour lui de contester... les informations ... qui ont fondé la décision de l'organisme... »¹²²⁴. Les établissements de crédit en cause n'étaient pas, eux non plus, restés dans l'ignorance de ce précepte et de ce qu'il impliquait. Il était clair pour les établissements de crédit que l'obligation de motivation de leurs décisions les entraînerait doucement, mais inéluctablement, vers la remise en cause de la décision prise, et plus généralement, vers la remise en cause de leur liberté de décision et de gestion.

556. Contestation et liberté de décision du banquier. En effet, l'obligation de motivation des décisions¹²²⁵, voulue par la CNIL, n'offrait-elle pas un potentiel de contestation des décisions de crédits difficilement conciliable avec les objectifs de rentabilité des établissements de crédit, et avec le principe de liberté de gestion, de liberté d'entrer ou non en relation avec un tiers ? Un auteur, en son temps, a pu s'interroger dans le même sens. « Autrement dit, se demandait-il à propos de l'article 3, quand une entreprise de crédit aura refusé un crédit, en application d'un score, le principe même du score concret adopté pourra-t-il être contesté par la personne à qui le crédit aura été refusé, de telle sorte que si celle-ci obtient la remise en question du score, devant une instance à déterminer, l'entreprise de crédit serait tenue de lui consentir le crédit demandé ? »¹²²⁶ En elle-même la motivation ne poserait guère de difficultés, mais c'est parce qu'en droit elle ouvre la porte à la contestation et à la remise en cause des décisions qu'elle devient redoutable pour les établissements de crédit. En effet, ceux-ci ont vu dans cette obligation la reconnaissance implicite d'une sorte de droit au crédit qui heurtait de plein front leur capacité à dire non. Cependant, même si l'on consacre une obligation de motivation, mais sans doute serait-il plus prudent de parler d'obligation d'explication pour

¹²²⁴ Ariane MOLE, précité, page 122, 1e colonne *in fine*.

¹²²⁵ Même si pour certains, celle-ci ne devrait porter que sur, « la première phase de l'instruction de la demande de crédit (score automatisé) et non sur le seconde phase d'instruction humaine ». *Ibidem*. Mais, cette remarque n'atténue que faiblement l'obligation de motivation. Car, on peut penser que si le résultat de la machine est opposé à la personne cela signifiera que la machine y est pour beaucoup dans la décision et que l'obligation de motivation concernera alors le fondement même de la décision. Sans parler des cas où la décision sera uniquement fondée sur la base d'un résultat informatique (article 10 alinéa 2 du projet de loi), en cette hypothèse tous les motifs de la décision devront être fournis.

¹²²⁶ Monsieur BRIANCEAU, lors de la discussion générale du colloque sur, « L'entreprise et la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », Revue de Jurisprudence Commerciale, novembre 1979, page 505.

éviter tout risque de confusion avec le sens administratif du terme, celle-ci serait-elle à ce point redoutable au regard de la liberté d'action du banquier ?

2° Atténuation du danger lié à une obligation de motivation au regard du principe d'une liberté de décision.

557. Problématique. A y regarder de près, la motivation des décisions engendre-t-elle *ipso facto* une telle remise en cause ? Une chose nous apparaît avec certitude, c'est qu'une telle obligation ne peut aboutir à un effet aussi radical. Nous en voulons pour preuve l'obligation de motivation des décisions de refus reconnue dans d'autres contrées. En effet, si l'on veut bien se donner la peine de jeter un rapide regard du côté de la législation nord américaine, même si nous devons constater dans un premier temps qu'elle offre un degré d'accès bien inférieur au nôtre, il faut également reconnaître que, dans un second temps, elle oblige purement et simplement les établissements de crédit à motiver leurs décisions de refus. Pour autant dans ces pays, U.S.A et Canada, cette dernière législation n'atteint absolument pas la liberté d'agir des établissements de crédit qui y exercent leur activité.

a./ Législation canadienne.

558. L'impossibilité d'accéder aux informations et aux raisonnements scores. En vertu de la loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques,¹²²⁷ « Une organisation doit informer toute personne qui en fait la demande de l'existence de renseignements personnels qui la concernent, de l'usage qui en est fait ..., et lui permettre de les consulter. Il sera aussi possible de contester l'exactitude et l'intégralité des renseignements et d'y faire apporter les corrections appropriées ». Rien dans cette disposition ni dans le restant de la loi ne permet aux personnes d'accéder aux informations et aux raisonnements utilisés dans les traitements informatiques. En fait, on pourra s'apercevoir que cette législation consacre un droit d'accès uniquement aux informations personnelles comme le fait notre article 34 de la loi de 1978. Visiblement nous pourrions glorieusement conclure que de ce côté-ci de l'Atlantique, et tout spécialement en France, la législation apparaît comme beaucoup plus protectrice des intérêts du citoyen. En effet, accès aux informations et aux raisonnements du traitement informatique ou au moins à sa logique, possibilité de contester ces mêmes données. Ici, tout démontre la volonté du législateur de donner les moyens aux personnes physiques d'éviter qu'elles soient enfermées dans des carcans sur lesquels elles n'auraient aucun contrôle, et qui pourraient avoir des conséquences graves à l'égard de leur vie, en l'hypothèse, par l'exclusion pure et simple du crédit qu'ils entraîneront. Pour autant, se

¹²²⁷ Article 4. 9 de l'annexe 1 intitulée, « Code type sur la protection des renseignements personnels », établie en application de l'article 5 de la loi fédérale sur la protection des renseignements personnels. Voir sur cette loi site Internet : http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/chambus/house/gouvernement/.../C-6_cover-F.htm. Nous ferons néanmoins remarquer qu'au Canada des législations au niveau provincial peuvent exister en établissant leurs propres normes de protection. Ainsi, la province du Québec possède, il est vrai, sa propre loi sur la protection des renseignements personnels. S'agissant de la mise en oeuvre effective des dispositions de la loi, et notamment des principes édictés à l'annexe 1, nous pourrions citer l'exemple du code de l'association des banquiers canadiens qui reprend de façon très détaillée et appliquée au secteur bancaire les principes de l'annexe. Pour l'intégralité du code, voir site Internet : <http://www.cba.ca/fr/publications/pubs%5Fprivacy.htm>.

complaire dans cette autosatisfaction ne relèverait-il pas de l'excessif, de l'inachevé, voire de la naïveté ? Notre système serait-il à ce point parfait pour ne pas souffrir la critique ?

559. Etat de la question au Québec. Dans ce pays la loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé oblige l'entreprise, qui prend une décision négative vis-à-vis de la personne concernée, à mentionner les facteurs de la décision à la base de celle-ci ¹²²⁸. Mais, c'est sans nul doute aux USA que l'obligation de motivation est la plus ancienne et la plus précise.

b./ Législation des Etats-Unis.

560. Une même impossibilité d'accéder aux informations et aux raisonnements scores. Dans ce dernier pays, dans le domaine particulier du crédit, aucune loi, générale et nationale ¹²²⁹, n'autorise l'accès de la personne aux informations et aux raisonnements qui pourraient être utilisés dans un traitement informatique. Ni même, d'ailleurs, un accès aux logiques employées. Il est seulement dit dans la législation américaine ¹²³⁰ que toute agence de rapport de crédit ¹²³¹ doit, sur demande, clairement et précisément, révéler au demandeur toutes les informations enregistrées dans leur fichier relatives à cette personne. Cependant, cela n'oblige pas l'agence de rapport de crédit à dévoiler au demandeur les informations concernant les scores de crédit ou les points attachés aux critères utilisés dans le traitement. Par cette dernière disposition le législateur américain a clairement, et expressément, exprimé son refus de laisser l'accès aux informations et aux raisonnements employés dans les systèmes de scores.

561. Esprit de la loi : bloquer une source de conflits. Cette position répond au souhait des autorités fédérales d'anticiper une question qui aurait été de toute façon posée aux agences de renseignements. En posant ainsi, dès le départ, les limites au droit des individus concernant l'accès à leur dossier de crédit, les autorités pensaient bloquer une source de litige. Cependant, ces dernières ont effectivement reconnu que cette référence apparaissait aujourd'hui comme beaucoup plus gênante qu'utile. Pour sortir de l'impasse une grande majorité de banquiers avait tout simplement proposé d'introduire une disposition spécifique permettant aux individus qui le voudraient de prendre connaissance des critères utilisés ainsi que des pondérations qui leur seraient attribués. On rejoignait, par cette proposition, l'état du droit français. Néanmoins, celle-ci restera lettre morte car la majeure partie des agences de renseignements, ainsi qu'une agence de régulation fédérale, ont fait valoir qu'en pratique une telle disposition serait beaucoup plus sujette à confusion pour l'individu que réellement constructive, consacrant sur ce pour le *statu quo*. Bien plus, telle qu'elle est rédigée, la législation américaine ne permet

¹²²⁸ Sur cette loi, voir Yves POULLET, « Québec : projet de loi 68 sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé », Revue Droit de l'Informatique et les Télécom, 1993/2, page 75.

¹²²⁹ *The Fair Credit Reporting Act.*

¹²³⁰ Section 610 (a) (1), § 1681a du *Fair Credit Reporting Act*. C'est nous qui traduisons.

¹²³¹ Rappelons que celles-ci se trouvent au centre du dispositif d'octroi du crédit de par les informations qu'elles concentrent sur les particuliers, dont les scores qu'elles élaborent. Sur ce point, voir *supra* n° 249.

même pas la connaissance de la note score attribuée à l'individu par les bureaux de crédit ¹²³². C'est dire que nous sommes là aux antipodes des droits reconnus par notre actuel article 3.

562. Atténuation de cette rigueur par la pratique bancaire. D'une part, par le fait qu'en pratique certaines agences de renseignements ont décidé de revenir sur leur position d'antan en permettant (moyennant finance, ultra libéralisme oblige) à tout individu d'accéder à son score ¹²³³. Auparavant, il est vrai qu'elles s'y refusaient prétextant, d'une part que la note ainsi établie leur appartenait privativement et, d'autre part, qu'une telle communication ne saurait d'aucun secours à la bonne appréhension, par la personne, de sa dignité de crédit, et ce pour au moins trois raisons. *Primo*, parce que la note score n'a souvent pas de caractère permanent. *Secundo*, parce qu'il existe différents types de scores (score de comportement, score de pré-acceptation, score de recouvrement...). *Tertio*, parce que la même note peut être utilisée différemment selon les établissements de crédit ¹²³⁴.

563. Atténuation de cette rigueur par la possibilité de connaître les raisons du refus. D'autre part, par le fait que l'*Equal Credit Opportunity Act* permet au demandeur de crédit, malchanceux, de savoir pourquoi le crédit a été refusé. Concrètement, le fournisseur de crédit qui refuse son octroi doit envoyer gratuitement au particulier une lettre expliquant les raisons de son refus, et donner le nom du crédit bureau auquel il a fait appel. Ainsi, pourra-t-il expliquer que les revenus du demandeur étaient trop faibles ou qu'il occupait un emploi précaire... En revanche exciper que la personne n'a pas atteint les standards minimums exigés ou qu'elle n'a pas reçu assez de points dans le système de crédit-scoring, ne peut constituer une explication acceptable du refus. L'établissement de crédit doit donc être suffisamment explicatif et clair dans les motifs qu'il invoque. Avec cette obligation de motivation on a là un système original dont nous pouvons dire qu'il est à la fois plus large et plus restrictif que le système français. Plus large, en ce sens que cette obligation de motivation n'est pas limitée aux seuls cas de décision prise sur la base d'un système informatique. C'est-à-dire, contrairement au droit positif français qui n'admet pas l'obligation de motivation des décisions, que le droit américain consacre, de manière générale, le principe inverse. Plus restrictif, en ce sens qu'il ne permet pas de pénétrer le traitement informatique à la base de la décision. En effet, à la lecture de l'*Equal Credit Opportunity Act* de 1974, l'établissement de crédit qui refuse un crédit est dans l'obligation formelle de détailler les raisons de son refus. A défaut d'accomplir cette démarche, il doit signifier au demandeur déçu qu'il a le droit de connaître, dans les 60 jours, les raisons du

¹²³² Voir disposition 610 (a) précitée, et la non-obligation de révéler les informations telles que le score de crédit. Certaines législations étatiques obligent le prêteur à dévoiler la note attribuée à l'emprunteur. Ainsi, la loi de Californie oblige, depuis le 1er juillet 2001, les établissements dispensateurs de prêts hypothécaires à révéler à l'emprunteur la note score qui lui a été attribuée. Voir sur ce point, *the credit scoring site*. Press Release.

¹²³³ Ainsi, le crédit bureau Fair Issac, en partenariat avec Equifax, offre l'accès via Internet des scores établis dans les rapports de crédit (uniquement à la personne concernée). Peut-être d'ailleurs sous l'influence de la commission fédérale du commerce qui avait recommandé que les bureaux de crédits communiquent aux individus leur score.

¹²³⁴ Rappelons en effet que ce sont les établissements de crédit qui font appel à ces sociétés.

refus¹²³⁵. Or, et jusqu'à plus ample informé, il n'a jamais été question par cette mesure d'établir un quelconque droit au crédit ni même de venir perturber la liberté qu'ont les établissements de crédit de consentir ou non un crédit. Une telle possibilité demeure dans ces pays ultra libéraux hors propos. Il est certain qu'en pratique les établissements de crédit pourraient se contenter de fournir des explications relativement générales. Mais c'est bien une obligation de motivation qui est pourtant consacrée sans que cela vienne bousculer fondamentalement la liberté de gestion des établissements de crédit. Nous pouvons donc considérer qu'une telle conception des articles 2 et 3 de la loi ne devrait pas, elle non plus, remettre radicalement en cause le principe de la liberté de décision du banquier¹²³⁶. Il est vrai cependant que le danger pour les établissements de crédit venait, comme nous l'avons dit, du potentiel de contestation engendré par une obligation de motivation, et non de l'obligation de motivation en soi. Mais, nous savons que l'article 3 établit expressément cette possibilité de contestation. Dès lors, les établissements de crédit pourront-ils éviter toute remise en cause de leurs décisions et ce même en l'absence d'une obligation formelle de motivation ?

II Les moyens de lutte : intérêts et limites.

564. Démarche. Face à cette menace, les établissements de crédit peuvent-ils trouver une parade dans le principe qu'il n'existe pas de droit au crédit et qu'ils sont ainsi totalement libres de contracter avec qui ils estiment digne de crédit ? Il y aurait dans cet argument un formidable moyen, pour les établissements de crédit, de justifier leur refus d'accès aux informations de bases des techniques scores ou systèmes experts. En effet, si les demandeurs de crédit ne peuvent exiger que leur soit accordé un crédit à quoi leur servirait-il de pénétrer les systèmes d'évaluation de la dignité de crédit ? Ce serait là admettre que la décision d'octroi ou de refus n'appartient qu'au banquier et que toute justification sur celle-ci serait non seulement inutile mais également à proscrire (A). De ce point de vue la remarque ne manque pas de pertinence. Toutefois, il nous semble que ce fondement, au demeurant mal assis juridiquement, risque de trouver très vite une limite dans la philosophie qu'incarne l'article 3 et, dans une moindre mesure, l'article 2¹²³⁷, qui vise à établir un contre pouvoir dans l'élaboration des décisions ayant de l'importance pour l'individu. Or, le législateur de l'époque n'a certainement pas voulu écarter l'activité de distribution du crédit du champ d'application de ces dispositions, consacrant par-là même un véritable droit d'ingérence dans le processus d'élaboration de la décision.

¹²³⁵ Sur ce point, voir Laurent RICHET, précité, page 98, 2e colonne *in fine* ; Charles GAVIOLA, « Pour maîtriser le risque, le crédit bureau », *Revue Banque*, n° 585, octobre 1997, page 63. Voir aussi *in site internet* <http://www.ftc.gov/bcp/conline/pubs/credit/scoring.htm>. La Belgique semble, elle aussi, exiger la même obligation de motivation, en imposant aux établissements de crédit d'exposer les raisons principales qui ont affecté le score en cas de refus de crédit. Voir, Françoise DOMONT-NAERT, « Consommateurs défavorisés : crédit et endettement », *Story Scientia*, 1992, page 213.

¹²³⁶ *De jure* ; car, comme nous le verrons, des dispositions prévoyant la possibilité de faire valoir son point de vue ou, mais dans une moindre mesure, une communication sous « forme accessible » des informations, introduisent pratiquement une obligation de motivation de la décision ; voir *supra* n° 497 et *infra* n° 1043 et suivants.

¹²³⁷ De même que l'article 10 du projet de loi de transposition de la directive.

Est-ce à dire que la liberté d'action du banquier en est pour autant compromise ? L'étude des limites à l'atteinte du principe de liberté de décision devrait nous convaincre du contraire (B).

A Liberté de contracter ou l'inexistence d'un droit au crédit.

564. Les principes généraux du droit. Or, en France, il n'existe pas de droit au crédit. Ce principe a été maintes fois rappelé et par les plus grands spécialistes du droit. Ainsi, selon le Professeur VASSEUR, « Il est un droit que personne ne possède : c'est le droit au crédit. Nul n'a droit d'exiger crédit »¹²³⁸. Le fait est que le banquier peut toujours refuser son concours et que la banque n'est pas gérante d'un service public, seul apte à introduire un tel droit. Le banquier demeure en effet libre de contracter ou pas. C'est là l'application pure et simple d'un grand principe du droit des obligations et du droit en général. La liberté du commerce et de l'industrie, proclamée à la révolution (loi du 17 mars 1791), ainsi que le caractère absolu du droit de propriété, ont conduit notre jurisprudence à admettre qu'une personne était libre de refuser de contracter avec une autre¹²³⁹. Egalement, conséquence inéluctable de la théorie de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle ne pouvait qu'être érigée en principe directeur du droit des contrats. Concrètement, cela signifie qu'il n'y a pas d'obligation juridique de contracter. Nul n'est forcé d'entrer en relation avec ses semblables et chacun a le droit de refuser de faire affaire avec un individu qu'il ne souhaite pas. Le refus de contracter n'est alors que l'expression d'un concept plus vaste, la liberté¹²⁴⁰. Or, ce principe s'applique entièrement à l'activité bancaire. Le banquier peut donc librement choisir les personnes avec lesquelles il entend contracter. Sur la base de ce principe, tout établissement de crédit serait en droit de refuser la prestation de crédit qu'il offre. Ainsi, quand bien même le demandeur de crédit parviendrait à remettre en cause le score sur la foi duquel le refus a été prononcé, le banquier conservera son entière liberté de décision quant à la réponse finale. En bref, l'individu ne pourra jamais exiger que le crédit demandé lui soit octroyé. Cette considération est confirmée par des arguments d'ordre textuel, la législation sur le refus de vente n'est pas applicable à la matière bancaire (1°), ainsi que d'ordre théorique (2°), *l'intuitus personae* et l'inexistence d'un service public de la distribution du crédit, font que le banquier peut choisir avec qui il entend contracter.

1° Fondement textuel.

566. Principe : une législation relative au refus de vente applicable à l'activité bancaire. *A priori*, l'idée que la législation sur le refus de vente trouve, dans le domaine bancaire, à s'appliquer paraît séduisante et même légitime. En effet, nous savons que le principe général de la liberté de contracter est limité par un certain nombre d'exceptions

¹²³⁸ Michel VASSEUR, « Droit et économie bancaires : les opérations de banque », fascicule 1, 4e édition, Les Cours de Droit, 1987-1988, pages 19, 20, 81, et spécialement en matière de crédit page 24 et suivantes.

¹²³⁹ François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, « Les obligations », précis Dalloz, 7e édition, 1990, n° 119 et n° 195.

¹²⁴⁰ *Ibidem*, n° 23.

¹²⁴¹, dont celle relative au refus de vente. A ce titre, il est permis de se poser la question de savoir si les textes relatifs au refus de vente peuvent trouver application concernant la distribution du crédit. Effectivement, d'après l'article L. 122 - 1 du Code de la consommation, « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service [...]. Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113 - 2 ». Or, à la lecture de ce dernier article on peut s'apercevoir que la disposition s'applique, « à toutes les activités de production, de distribution et de services... ». Le banquier est un professionnel qui distribue un produit, l'argent, certes spécial, mais qui n'en reste pas moins une marchandise. Le demandeur de crédit est un consommateur qui peut alors prétendre à cette marchandise. Sur cette base il ne serait plus loisible à l'établissement de crédit de refuser la prestation qu'il propose, ce qui consacrerait par-là même un véritable droit au crédit. Cette argumentation, si attrayante soit-elle, ne doit pas cacher la réalité.

567. Un principe inapplicable à la distribution du crédit. En effet, il n'est pas, en matière de crédit, possible d'admettre un tel raisonnement, et ceci pour la simple raison que le législateur n'a pas tenu à déroger, par le truchement de textes spéciaux, au principe général que le banquier peut toujours refuser son concours. En effet, la loi vient exclure expressément du refus de vente les opérations de crédit. D'après l'article L. 551 - 4 du Code monétaire et financier (ancien article 89 de la loi du 24 janvier 1984) le refus de vente serait une disposition inapplicable à l'activité bancaire ¹²⁴². Il est néanmoins parfaitement exact, comme le soulignent certains auteurs ¹²⁴³, que le texte de l'article 89 est mal rédigé. Ce dernier précise dans son 1^{er} alinéa que « L'ordonnance n° 86 - 1243 du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence s'applique aux établissements de crédit pour ce qui est de leurs activités définies aux articles 7 et 8 ». Mais, son second alinéa nous dit que « Les articles 7 à 10 de cette même ordonnance s'appliquent aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque ». Cela signifie que l'ordonnance de 1986 concerne les établissements de crédit pour tout ce qui touche les activités extra-bancaires que les établissements de crédit sont autorisés à réaliser. Ce qui au demeurant paraît logique puisqu'il n'existe pour cette activité aucune particularité pouvant justifier un régime dérogatoire à celui appliqué aux entreprises non bancaires. En revanche, les opérations de banque, elles, ne sont pas visées par l'application des articles 7 à 10 de l'ordonnance de 1986 qui font référence aux pratiques anticoncurrentielles. Ce qui signifie, *a contrario*, que les autres dispositions de l'ordonnance, dont celle propre au refus de vente, ne sont pas applicables aux opérations de banque telles que celles relatives à la distribution des crédits. Le banquier demeure donc totalement libre de refuser un crédit, quand bien même le demandeur de crédit viendrait à remettre en cause,

¹²⁴¹ *Ibidem*, n° 119.

¹²⁴² Voir en ce sens, notamment, Jean Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, « Droit bancaire », précité, n° 158 ; Jean-Philippe DOM, « Le contrat de banque », *Juris-Classeur, Banque et Crédit*, fascicule 130, 5/87, n° 147 et 148 ; Michel VASSEUR, précité, fascicule 1, page 19 et suivantes.

¹²⁴³ Francis-Jean CREDOT et Yves GERARD, *Revue de Droit bancaire et de la Bourse*, chronique, 1994, étude n° 46, page 159, n° 5.

par le biais du droit à contestation, la pertinence du score, et exigerait logiquement que la prestation lui soit accordée.

568. Inapplicabilité confirmée par la jurisprudence. La jurisprudence est d'ailleurs venue confirmer cette approche dans un arrêt du 11 octobre 1994¹²⁴⁴. D'après cette décision « Il résulte du rapprochement des alinéas 1 et 2 de l'article 89 de la loi n° 84 - 463 du 24 janvier 1984, modifié par l'article 60 - III de l'ordonnance n° 86 - 1243 du 1^{er} décembre 1986, que les dispositions des articles 30 et 36 de cette ordonnance relative au refus de vente ne sont pas applicables aux opérations de banque prévues à l'article 1^{er} de la loi, lesquelles comprennent les opérations de crédit »¹²⁴⁵. C'est cet attendu qui a été opposé à des époux qui contestaient le refus d'octroi d'un nouveau prêt que leur banque leur avait signifié. A suivre l'argumentation des époux, ce refus s'apparentait purement et simplement à un refus de vente. Cette argumentation a été rejetée explicitement par les juges de la Haute juridiction. A l'appui de cette solution l'on peut citer une décision du Conseil de la concurrence datée du 5 octobre 1994 où un notaire, après s'être vu refuser un crédit assigna la banque pour refus de vente d'une prestation de service. Or, selon le Conseil de la concurrence¹²⁴⁶, « Les établissements financiers ont la faculté d'accepter ou de refuser l'octroi d'un prêt à une entreprise... ». Autrement dit, la banque est entièrement libre de refuser un prêt sans que l'on puisse lui opposer un quelconque refus de vente. Et, s'il n'y a pas de référence au texte dans cette décision c'est que selon le Conseil, l'octroi d'un crédit relève du pouvoir discrétionnaire du banquier. Il y a sans doute là une illustration de la spécificité du contrat bancaire fondé sur *l'intuitus personae*.

2° Fondement théorique.

569. *L'intuitus personae*. En effet, quand bien même il n'existerait pas de textes s'opposant à la thèse de l'admission du refus de vente pour les opérations de banque, le caractère *intuitu personae*¹²⁴⁷ du contrat de prêt s'opposerait à l'acceptation de l'idée. Et ce, même si des auteurs ont pu considérer que la mise à l'écart de ces dispositions reposait sur le texte de la loi bancaire¹²⁴⁸, et non sur le caractère *intuitu personae* de l'activité bancaire¹²⁴⁹. Et que la Cour de cassation se soit fondée sur ce texte n'exclut absolument pas que le caractère *intuitu personae* du contrat de prêt puisse justifier le

¹²⁴⁴ Arrêt de la première chambre civile du 11 octobre 1994, Bulletin civil, 1994, I, n° 289.

¹²⁴⁵ La loi n° 93 - 949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation a abrogé l'article 30 de l'ordonnance de 1986 relatif au refus de vente aux consommateurs, dont les dispositions ont été reprises par l'article L. 121 - 35 du Code de la consommation. La solution de la Cour de cassation demeure néanmoins parfaitement valable. Voir, en ce sens, Bulletin Rapide Droit des Affaires, 1994 - 20, page 10 *in fine*.

¹²⁴⁶ Voir Francis-Jean CREDOT et Yves Gérard, précité.

¹²⁴⁷ Jack VEZIAN, « La responsabilité du banquier en droit privé français », 2e édition, Librairies Techniques, 1977, n° 206, page 175.

¹²⁴⁸ Article 89 de la loi de 1984, article L. 511 - 4 du Code monétaire et financier.

refus d'octroi ¹²⁵⁰. La présence de ce trait dans un contrat, en l'occurrence le contrat de crédit, permet la prise en considération de la personne, ou du moins de ses qualités attendues, pour justifier le refus d'octroi. La seule limite à cette liberté, fondé sur *l'intuitus personae*, réside dans le fait que son expression ne doit pas aboutir à valider un comportement discriminatoire.

570. Limite à *l'intuitus personae*. La discrimination étant le fait de tenir compte soit de particularités des personnes physiques soit de particularités des dirigeants de personnes morales pour accorder ou refuser certains biens ou services ¹²⁵¹. L'article L. 225 - 1 et suivants du Code pénal réprime ce type d'acte. Ainsi, d'après l'article L. 225 - 1, « La considération notamment de la race, de la couleur de la peau, des opinions politiques sont des motifs discriminatoires réprimables ». L'article L. 225 - 2 considère, lui, comme discriminatoire notamment le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ou de subordonner cette fourniture à une condition fondée sur des éléments discriminatoires. Dès lors, le banquier ne pourrait refuser l'octroi d'un prêt sur la base de tels motifs. Mais, en dehors de ces hypothèses restrictives, le banquier reste libre de la décision. Cette liberté a parfaitement été exprimée par le Professeur Rassat pour qui « Les textes prohibant les attitudes discriminatoires ne doivent pas avoir pour effet de faire disparaître *l'intuitus personae* » ¹²⁵². Cette réflexion ne peut que nous conforter dans l'idée que le banquier est libre de refuser son soutien et que les motifs de sa décision ne concerne que lui.

571. Une limite relative. En effet, sur la base de *l'intuitus personae*, il est possible et loisible au banquier de fonder sa décision sur des motifs tenant à la personnalité des demandeurs ou sur des motifs empreints d'une forte subjectivité, sans que cela puisse lui être reproché. Ainsi, lui est-il loisible de se référer aux qualités professionnelles des personnes, à l'aptitude à gérer un budget, à la volonté ou à la personnalité du demandeur, pour prendre sa décision. Pourtant, l'on s'accordera à dire que de telles qualités sont, chez un emprunteur potentiel, difficilement appréciables et quantifiables. Elles relèvent plus de ce l'on a appelé le flair du banquier que d'une véritable science de l'évaluation. Mais, *l'intuitus personae* permet cela sans que le banquier ait un quelconque motif à fournir. Il a toujours été reconnu qu'en ce domaine le banquier été le seul juge de ses intérêts et donc de la décision, et que par voie de conséquence il était totalement libre de refuser un crédit sans avoir à motiver sa décision ¹²⁵³. « Chacun s'accorde présentement à considérer qu'un banquier est en droit de refuser de consentir crédit. Le contrat de

¹²⁴⁹ Francis-Jean CREDOT et Yves Gérard, précité.

¹²⁵⁰ En ce sens, Michel CABRILLAC et Jean-Louis RIVES-LANGE, Dalloz, 1966, page 537 et suivantes.

¹²⁵¹ Michèle-Laure RASSAT, « Droit pénal spécial », précis Dalloz, 1997, n° 432 et suivants.

¹²⁵² In Précis Dalloz, « Droit pénal spécial », précité, n° 434. Dans le même sens, voir Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, « Droit pénal spécial », édition Cujas, 1995, n° 380.

¹²⁵³ En ce sens, voir Jean-François RENUCCI, « L'identité du cocontractant », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, juillet - septembre 1993, page 447.

crédit... est conclu *intuitu personae* par excellence et le banquier, qui court le risque du crédit, doit demeurer libre de sa décision »¹²⁵⁴. Cette phrase du Professeur VASSEUR fixe parfaitement et avec force la liberté du banquier en matière d'octroi ou de refus de crédit. « A cela s'ajoute (nous dit-il) qu'il n'y a pas de droit au crédit parce qu'il n'y a pas de service public du crédit et que le banquier n'est pas le gérant d'un tel service public »¹²⁵⁵.

572. Inexistence d'un service public pouvant justifier une obligation de motivation. Nous avons déjà étudié ce que la notion impliquait sur le plan de la protection de l'intérêt général. Nous ne reviendrons donc pas sur ce point. En revanche, il n'est pas inintéressant ici de s'attarder sur les restrictions qu'engendrerait l'idée d'un service public du crédit quant au pouvoir de décision du banquier. En effet, l'application d'une telle notion dans le domaine du crédit apporte de sérieuses restrictions à la liberté d'action du banquier, et heurte de plein fouet la conception traditionnelle de l'activité bancaire. Il avait toujours été prôné que la profession bancaire conservait les traits d'une activité commerciale certes pas comme les autres, et cela en raison de la dangerosité¹²⁵⁶ du produit qu'elle manipule, mais qui demeurait animée par le souci de rentabilité. Le banquier courant ainsi les risques économiques de son activité, devait logiquement rester entièrement libre de sa décision d'octroi ou de refus de crédit, et ce au regard de ces propres règles de gestion interne. A cette conception solidement ancrée certains¹²⁵⁷, suivis en cela par la jurisprudence¹²⁵⁸, sont venus apporter, « une autre conception de la banque, instrument d'un service public de distribution et de régulation du crédit ». Mais, même si ce n'était probablement pas l'objectif des initiateurs de ce qui allait devenir un point de discorde doctrinale, la notion ainsi introduite portait à croire que le banquier perdait son pouvoir de décision. Désormais, il serait impossible pour lui de refuser un crédit, l'essence même du service public étant d'être ouvert à tous. La formule consacrait alors un véritable droit au crédit¹²⁵⁹. Or, selon le Doyen STOUFFLET, l'idée d'un service public ne serait plus acceptable, « Si on lui donnait un contenu technique et si elle devait conduire, par exemple, à restreindre la liberté qu'ont les banques de refuser un crédit »¹²⁶⁰. L'accord sera finalement fait sur cette dernière position admettant que la notion de service public ne permet qu'un renforcement des obligations professionnelles du banquier, mais sans entamer d'aucune façon la liberté de décision des établissements de

¹²⁵⁴ Michel VASSEUR, fascicule 1, précité, page 24 *in limine*.

¹²⁵⁵ *Ibidem*.

¹²⁵⁶ Pour l'économie nationale.

¹²⁵⁷ Roger HOUIN, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1964, page 163 et suivantes.

¹²⁵⁸ Cour d'appel de Nîmes, arrêt du 13 novembre 1963, précité, *supra* n° 237.

¹²⁵⁹ Jack VEZIAN, précité, n° 204 ; Michel VASSEUR, « Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur crédit aux entreprises en difficulté », Revue Banque, n° 351, page 492.

¹²⁶⁰ Note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 mai 1967, JCP (G), 1968, II, n° 15518.

crédit. En somme, les banquiers conserveraient, « le droit de dire non à leurs clients »¹²⁶¹. Depuis, ce trait de caractère de l'activité bancaire n'a jamais cessé d'être affirmé. Récemment, il a été souligné à l'occasion de la promulgation de la loi MURCEF que « La liberté du refus en ce qui concerne l'octroi de crédit ne saurait être remise en cause »¹²⁶². Dès lors qu'il est établi que le banquier demeure libre de refuser un crédit, et que par voie de conséquence il ne peut exister de droit au crédit, nous ne voyons pas très bien, dans ce contexte, quel serait le fondement d'une obligation de motivation des décisions.

573. Conclusion: le banquier seul maître de la décision. Au regard de l'argumentaire qui vient d'être posé, il apparaît clair maintenant que ni l'obligation de permettre au demandeur de crédit de faire valoir son point de vue, et à défaut l'obligation d'établir l'intervention humaine, ni l'obligation de communication « sous forme accessible », ni le droit à contestation qui peut en découler, n'implique un quelconque droit à la motivation de la décision, un quelconque droit à rectification. Cela signifie que les droits reconnus à l'article 3, notamment, s'ils peuvent servir de base au dialogue entre le demandeur insatisfait et l'établissement de crédit¹²⁶³, ne peuvent, en revanche, à eux seuls fonder la remise en cause de la décision et aboutir à l'exécution de la prestation. C'est dire que le banquier n'est pas lié par les réponses qu'il pourrait apporter par application de l'article 3. Il demeure seul maître de la décision finale, et n'est nullement obligé d'accorder un crédit et de motiver sa décision.

574. Position apparemment ralliée par la CNIL. Face à cet argumentaire la CNIL a dû s'incliner et modifier sa doctrine. Ceci fut fait dans sa délibération du 5 juillet 1988¹²⁶⁴ par suppression de la référence à l'obligation de motivation des décisions¹²⁶⁵. En revanche, subsiste de la délibération de 1985 l'obligation pour l'établissement de crédit de communiquer au demandeur la nature et l'origine des informations relatives aux incidents de paiement lorsque celui-ci a tenu compte, pour refuser un crédit, de la présence de ces informations dans un fichier d'incidents de paiement¹²⁶⁶. *A priori*, il ne s'agit là que d'une simple information¹²⁶⁷ qui n'oblige pas les établissements de crédit à révéler la part qu'aura pris l'incident dans le refus. Mais, l'interprétation de la CNIL¹²⁶⁸ semble exiger

¹²⁶¹ Jean STOUFFLET, rapport français in, « La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé », ouvrage sous la direction de Lucien SIMONT et André BRUYNEEL, éditions Féduci, 1984, page 21 et suivantes, spécialement page 26.

¹²⁶² Jean STOUFFLET, « Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 1, janvier - février 2002, n° 20, page 39.

¹²⁶³ Auquel certains établissements de crédit ne semblent pas totalement hermétiques, « Le crédit demeure une affaire de confiance mutuelle, qui a su se défaire de tout arbitraire. Il est toujours possible de discuter, de négocier tel ou tel cas particulier », in site Internet <http://banque.sofinco.fr/guide/gcd1.htm>, page 9 du guide.

¹²⁶⁴ N° 88 - 83 portant adoption d'une recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit, précité, 8e rapport d'activité de la CNIL, page 381.

¹²⁶⁵ Sur ce point, *ibidem*, page 199 et suivantes ; Sophie NERBONNE, « La technique du score sous surveillance », *Revue Banque*, n° 595, 1998, page 36.

cette information uniquement dans les cas où l'établissement de crédit aura fondé son refus sur l'existence d'un incident. *De facto*, le demandeur obtient donc dans ce cas le motif de son rejet. Mais c'est là une pure coïncidence qui n'introduit certainement pas une obligation de motivation. En effet, à la lecture d'un des rapports de la CNIL on peut lire que « La commission, en 1985, n'avait nullement prétendu instaurer un droit au crédit, elle voulait seulement assurer le respect des articles de la loi de 1978 »¹²⁶⁹. A cet égard, l'ancienne doctrine de la CNIL nous paraît tout à fait réaliste et légitime. Sur ce point nous avons déjà fait observer que la mise en oeuvre effective de l'article 3¹²⁷⁰, nécessitait, très probablement, la présentation d'un minimum d'explications de la part des établissements de crédit. Or, il n'est, à notre sens, guère douteux que de celles-ci se déduise une motivation indirecte de la décision. L'étude des dispositions de l'article 3, notamment, dans la lettre et dans l'esprit ne peut que conduire à cette conclusion. Pourtant, à la question de savoir si ces textes imposaient la motivation, « Après étude approfondie de ce point, la commission est venue à considérer que l'obligation de motivation n'était sans doute pas nécessaire... »¹²⁷¹. Mais, dans les faits une telle position est-elle réaliste si l'on veut donner corps aux droits établis par l'article 3 ?

B Les limites à la protection de la liberté de décision.

575. Esprit de la loi. La réponse à cette question est particulièrement délicate à défaut d'application concrète de la mesure. Cependant, pour nous aider dans cet exercice il semble qu'il soit judicieux de revenir aux raisons qui ont animé le législateur lors de l'adoption des articles. A l'époque, il apparaît que deux objectifs principaux ont guidé la pensée des parlementaires. L'un n'ayant que peu d'emprise sur le pouvoir de décision du banquier, l'autre, à l'inverse, instaure une sorte de droit de regard sur les méthodes de gestion des établissements de crédit.

576. Le mécanisme de l'article 3 : outil de vérification de la légalité des traitements. Le premier motif d'apparition de l'article 3 trouve sa source dans le souci du législateur de permettre à la personne de vérifier, d'une part, que la décision (de refus) a bien été assise sur des informations exactes, et d'autre part, que les critères mis en oeuvre dans le traitement n'établissent pas des discriminations inavouables¹²⁷². Ce point n'appelle pas de discussion plus importante, les risques de conflit avec la liberté de gestion du banquier n'étant pas en cause. En effet, quand bien même il est acquis que le

¹²⁶⁶ En effet, rien n'indique que cette obligation ait disparu après la création du FICP. On peut même admettre que l'obligation concerne le FICP.

¹²⁶⁷ Le but est de permettre à la personne d'exercer son droit d'accès, de rectification... Voir Sophie NERBONNE, précité, page 37.

¹²⁶⁸ Voir 8e rapport d'activité de la CNIL, précité, page 201.

¹²⁶⁹ Huitième rapport d'activité de la CNIL, précité, page 201.

¹²⁷⁰ Article 10 et 39 - I - 4 du projet de loi.

¹²⁷¹ *Ibidem*.

banquier demeure libre de sa décision, ce principe ne peut aller jusqu'à tolérer des travers qui seraient *contra legem*.

577. Contre pouvoir et droit d'ingérence. La seconde motivation du législateur prête, quant à elle, à plus de discussion. En effet, lors de nos développements précédents ¹²⁷³, nous avons longuement débattu de la philosophie qui imprègne l'article 3. Or, nous avons pu dire à cette occasion que par cette disposition le législateur avait voulu instaurer un contre-pouvoir face au cercle restreint et clos des décideurs. En quelque sorte il s'agissait d'instaurer, grâce au droit à la connaissance et à la contestation des logiques informatiques, un droit de regard sur la manière dont les décisions étaient prises. Il s'agissait, lorsqu'était en cause la personnalité, l'identité ou la dignité humaine, d'offrir à toute personne, le demandeur de crédit en l'espèce, la possibilité de venir contrebalancer le poids des considérations... commerciales ¹²⁷⁴. A n'en pas douter, il y a bien là la consécration d'un véritable droit d'ingérence dans le processus décisionnel. Et c'est en cela que la liberté d'action et de gestion des établissements de crédit est mise en péril, et non directement de l'obligation de motivation des décisions ¹²⁷⁵. Mais, d'ici à soutenir que l'établissement de crédit est lié, dans sa décision finale, par les observations qu'aura pu soulever le demandeur de crédit, il y a un pas que nous ne pouvons franchir.

578. Droit de rectification et droit d'ingérence. Comme nous l'avons fait remarquer, le droit de contestation ou d'ingérence, comme l'on voudra, n'est pas un droit de rectification. La décision finale ne peut appartenir qu'à l'établissement de crédit. Ce principe général ne peut être remis en cause du simple fait de l'utilisation, dans la phase de construction de la décision, de l'outil informatique. C'est donc les techniques nouvelles qui doivent s'adapter aux principes généraux et non l'inverse ¹²⁷⁶. Il en va du maintien d'une certaine sécurité juridique.

579. Conclusion : droit d'ingérence dans le processus d'élaboration mais pas dans la décision finale. Correctement appréhendée, l'analyse de l'article 3 devrait nous amener à poser comme principe que l'obligation de motivation, de fait, qu'ils introduisent, s'attache uniquement aux méthodes d'élaboration de la décision, c'est-à-dire à la phase d'étude du dossier située en amont de la décision, mais nullement à la décision elle-même. Ce constat nous permet d'affirmer avec force que la décision finale reste dans le domaine réservé de l'établissement de crédit, et qu'elle ne peut être remise en cause

¹²⁷² En ce sens, voir Françoise DOMONT-NAERT, précité, page 213. Le cas du critère de la nationalité ne peut que conforter l'intérêt d'une telle mesure, voir *supra* n° 349 et suivants.

¹²⁷³ *Supra* n° 425 et suivants.

¹²⁷⁴ André VITALIS, « Informatique, pouvoir et liberté », précité, page 208.

¹²⁷⁵ Même si, comme nous l'avons vu, l'intervention du demandeur dans le processus décisionnel dépend largement des explications qu'aura bien voulu fournir l'établissement de crédit.

¹²⁷⁶ Sur cette question voir, François GRUA, selon lequel : « Si le droit est appelé à s'ouvrir aux faits nouveaux qu'engendre l'évolution des techniques, c'est seulement pour les intégrer dans sa propre logique », in « Les contrats de base la pratique bancaire », Litec, 2001, n° 7.

sur cette base. En revanche, il nous semble indéniable que l'actuel article 3 organise une immixtion dans la gestion interne des établissements de crédit. Une telle conception, il est vrai n'a rien de banal en matière de droit bancaire. En effet, s'il est reconnu depuis longtemps, tant en doctrine qu'en jurisprudence ¹²⁷⁷, que le banquier est tenu d'un devoir de non-ingérence par rapport aux affaires de son client, jamais, à notre sens, il a été de nécessité de poser en principe la réciproque, c'est-à-dire que le banquier puisse évoquer le principe de non-ingérence afin de mener ses affaires comme il l'entend, et sans avoir à rendre de compte à quiconque de ce fait.

580. Consécration d'un nouveau cas d'ingérence. En effet, tel qu'il est formulé en droit positif, le devoir de non-ingérence ou de non-immixtion revêt deux sens plus ou moins bien affirmés ¹²⁷⁸.

581. Dans sa première acception, la plus connue et la plus achevée, le devoir de non-ingérence correspond au droit pour le client de ne pas voir le banquier s'occuper de ses affaires. Ce devoir a particulièrement trouvé à jouer par rapport aux opérations passées en compte. Dans ce cadre, il est admis que le banquier n'a pas à s'intéresser aux raisons qui motivent les ordres du client. Il n'a pas « à procéder à des investigations sur l'origine et l'importance des mouvements des comptes ouverts dans ses livres sans s'immiscer dans les relations financières ou commerciales à l'origine des mouvements de fonds dont il assure l'exécution » ¹²⁷⁹.

582. Dans sa deuxième acception, moins connue, le devoir de non-immixtion s'identifie au droit pour le banquier « de ne pas subir les répercussions de l'activité exercée par son client avec ceux qui sont en rapport avec lui, autrement dit le droit de ne pas être mêlés aux affaires de son client » ¹²⁸⁰.

583. Une troisième acception suggérée par l'article 3. A ces deux conceptions traditionnelles il faudra donc en ajouter une troisième, inédite, qui tiendrait compte des droits pour le banquier de ne pas voir le client, demandeur de crédit, s'intéresser à ses affaires. Car, jusqu'à présent, tout le monde s'accorde pour dire que l'évaluation technique d'une demande de crédit fait partie du seul métier du banquier ¹²⁸¹. Or, l'analyse de la signification de la mise en oeuvre des articles 2 et 3 nous a parfaitement

¹²⁷⁷ Pour des références, voir Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précis Dalloz, « Droit bancaire », 6e édition, 1995, n° 171, page 155, note n° 1, et n° 291, pages 279 et 280.

¹²⁷⁸ Autrement qualifiée par Daniel GUGGENHEIM de relation interne qui concerne la relation entre le client et ses cocontractants et dont le banquier n'a pas à se soucier, et de relation externe qui, elle, concerne les rapports entre la banque et le client, la seule qui intéresse le banquier. Voir pour plus de précisions sur cette distinction, Daniel GUGGENHEIM, « Les contrats de la pratique bancaire suisse », 1981, Librairie de l'université, Genève, page 203 et suivantes, et page 211.

¹²⁷⁹ Cassation commerciale 10 mars 1987, Revue de Droit Bancaire, 1987, page 127, note Francis-Jean CREDOT et Yves GERARD. La seule limite se trouvant dans l'obligation de vigilance à laquelle est tenue le banquier. Sur ce thème, voir Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, précité, n° 171 et suivants, et n° 291 ; voir aussi, Michel VASSEUR, précité, fascicule 1, page 68 et suivantes

¹²⁸⁰ Michel VASSEUR, précité, page 74.

démontré que désormais, et du fait de l'utilisation de l'outil informatique dans la gestion des décisions, le demandeur de crédit pouvait pénétrer le cœur du processus décisionnel. Or, cette nouvelle capacité d'action du demandeur correspond bien à une immixtion dans le domaine de compétence et dans la gestion interne des établissements de crédit. Et, il apparaît bien que le principe de liberté de décision des établissements de crédit, même s'il doit être conservé, soit en revanche un moyen de protection particulièrement fragile face à un droit consacré légalement. Pourraient-ils trouver des instruments de protection plus efficaces dans les textes relatifs au droit d'auteur ? C'est à cette question qu'il nous faut maintenant répondre.

SECTION 2 La protection des droits d'auteur : outil de sauvegarde des intérêts légitimes des établissements de crédit.

584. Textes. Ainsi, aux considérants n° 41 de la directive s'il est affirmé dans un premier temps que « Toute personne doit en outre avoir le droit de connaître la logique qui sous-tend le traitement automatisé des données la concernant... », il est également dit dans un second temps que « Ce droit ne doit pas porter atteinte au secret des affaires ni à la propriété intellectuelle, notamment au droit d'auteur protégeant le logiciel... ». Le législateur français n'est pas resté insensible à cette dernière phrase puisqu'il a jugé bon d'inclure celle-ci, au moins en partie, dans sa future loi de transposition. C'est pourquoi, nous pouvons aujourd'hui lire à l'article 39 du projet de loi qu'au principe que « Toute personne physique peut obtenir : [...] les informations permettent de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement », est ajoutée une réserve d'après laquelle « Les informations communiquées à la personne concernée ne doivent pas porter atteinte aux droits d'auteur au sens des dispositions du livre 1^{er} et du titre IV du livre III du Code de la propriété intellectuelle ».

585. Problématique. De ces dispositions nous pouvons relever deux enseignements majeurs. D'une part, que la rétention des informations relatives aux logiques informatiques est admise comme légitime. C'est donc un véritable droit de rétention qui est affirmé au niveau communautaire et national. D'autre part, que ce droit peut trouver pour fondement le droit d'auteur. Il s'agira donc, par cette étude, d'établir le lien qui peut exister entre les droits d'auteur et les traitements automatisés d'informations tels que le crédit-scoring et les systèmes experts. Autrement dit, ces systèmes là entrent-ils dans le champ d'application des droits d'auteur visés par la directive et sa future loi de transposition ? L'on perçoit l'importance de la question. Car, en cas de réponse affirmative le demandeur de crédit refoulé trouvera dans cette disposition un frein non négligeable aux prérogatives qui lui sont expressément accordées par ailleurs et démontrera par la même occasion la légitimité de la protection des droits moraux des établissements de crédit. Or, lorsqu'on parle de crédit-scoring ou de système expert à quel type de traitement avons nous affaires ? Techniquement comment qualifier ce qu'ils représentent ? A cette question, il semble aisé de répondre que l'on entre là dans le domaine des programmes ou logiciels informatiques. En effet, la mise en oeuvre d'une technique de crédit-scoring ou de

¹²⁸¹ En ce sens Thierry SAMIN « Tarification des services bancaires : aspects juridiques », conférence du 23 novembre 1999, « Responsabilité des banques : comment y faire face ? » organisée par l'AFB.

systèmes experts passe nécessairement ¹²⁸² par la construction, l'élaboration de programmes informatiques. Nous pouvons donc dire que ces différents systèmes d'évaluation de la dignité de crédit se résument à des programmes ou des logiciels informatiques plus ou moins élaborés. Partant, une fois cette qualification technique acquise, reste à savoir s'ils méritent une quelconque protection au titre des droits relatifs à la propriété intellectuelle. La réponse à la question nécessite au préalable que l'on s'attarde à disséquer la nature du logiciel d'ordinateur (I) avant même d'envisager les conditions nécessaires au bénéfice du droit d'auteur (II).

I L'obstacle des droits relatifs à la propriété intellectuelle.

A Nature du logiciel ¹²⁸³ .

586. Définition technique. Selon l'arrêté ministériel du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement de la langue française ¹²⁸⁴ , le logiciel regroupe « l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de l'information ». L'élément principal du logiciel tel qu'il est ici défini correspond au programme. Ce dernier pouvant être quant à lui défini comme « l'ensemble des informations traduisant un algorithme en une expression intelligible par la machine » ¹²⁸⁵ . Autrement dit le programme correspond à une séquence d'instructions adressées à l'ordinateur en vue du traitement des informations. Outre le programme, le logiciel inclut, « les procédés et règles » qui président à l'organisation du système dans son ensemble, ainsi que la documentation qui s'y attache. Mais, comme a pu le souligner un auteur, « C'est bien le programme qui en est le cœur et qui en fait la spécificité » ¹²⁸⁶ . Ceci explique que, chez les juristes, les termes programme ou logiciel soient utilisés indifféremment et désignent la même réalité technique. Sur ce point nous ne dérogerons pas à la règle. Gageons simplement que le lecteur spécialiste ne nous en tienne pas rigueur, la distinction relevant plus de la technique informatique que du débat juridique.

587. Nécessité d'un apport intellectuel. L'important, au plan juridique, semble-t-il, est que le programme ne doit pas être identifié à la matière organique qui lui sert de support. Peu important qu'il s'agisse d'une disquette, d'un Cd-rom ou d'un disque dur. Le programme demeure indépendant par rapport à ces derniers, et à ce titre il représente

¹²⁸² Si l'on veut bien exclure la possibilité, dans le cas du crédit-scoring, d'une mise en oeuvre sur simple papier crayon. Comme nous l'avons vu, techniquement cela est possible, mais ne correspond à aucune réalité puisque l'outil informatique est à la base de leur développement et de leur utilisation quotidienne par les établissements de crédit.

¹²⁸³ L'étude sera traitée, essentiellement, par référence à l'ouvrage d'André LUCAS, précité, page 183 et suivantes.

¹²⁸⁴ JO, 17 janvier 1982, pages 624. Nous rappelons que l'arrêté n'a qu'une valeur linguistique, et non juridique.

¹²⁸⁵ Voir sur ce point, et pour une analyse plus détaillée de la technique, André LUCAS, précité, n° 167, page 184.

¹²⁸⁶ *Ibidem*.

« la composante immatérielle des systèmes informatiques »¹²⁸⁷. Le programme informatique, « vaut par son contenu et non par son contenant »¹²⁸⁸. Au vu de ces propos, il nous est donc possible d'affirmer avec force que ces programmes d'ordinateurs sont porteurs d'un acte de création que l'on peut qualifier d'intellectuel. Sans cet apport, il ne peut y avoir construction d'un programme. Nous pourrions aisément conclure que l'effort intellectuel participe de l'essence même du programme du logiciel, il lui est, pour ainsi dire, consubstantiel. Mais cet effort de création n'est pas gratuit.

588. Valeur économique du programme. En effet, la conception et le développement d'un programme informatique nécessitent d'importants investissements. Ainsi, pour prendre l'exemple des établissements de crédit qui développent bien souvent leurs programmes scores ou leurs systèmes experts en interne¹²⁸⁹, les coûts de développement ne sont certainement pas négligeables. Des moyens importants sont mis en oeuvre pour parvenir à un résultat satisfaisant, c'est-à-dire fonctionnel.

589. Investissement humain. L'élaboration de tels programmes nécessite la mobilisation d'un capital humain considérable qui va du simple agent de saisie des données à l'expert confirmé en informatique qui doit traduire en langage informatique, par exemple, les propos d'autres experts, cette fois du monde bancaire. Cette phase peut facilement être perçue dans l'hypothèse de construction d'un système expert, dans laquelle la modélisation du savoir humain apparaît tout autant compliquée que primordiale. Evidemment, la liste des personnes susceptibles d'intervenir à la mise en oeuvre de tels programmes n'est pas exhaustive¹²⁹⁰, elle a seulement pour but de montrer qu'à ce niveau l'investissement n'est pas neutre. En effet, ce sont là des personnes qu'il faut mobiliser et rémunérer de façon quasi permanente, lorsqu'on sait que les systèmes scores ou experts requièrent constamment des mises à jour pour tenir compte de l'évolution des comportements, mais aussi des objectifs commerciaux, stratégiques ou financiers de l'établissement de crédit. A cela, s'ajoute le fait qu'il faille sans cesse faire évoluer l'état de la technique, et ce afin d'améliorer les performances de ces traitements. A ce titre, les recherches sur les réseaux neuronaux¹²⁹¹ apportent un brillant exemple du souci d'innovation des établissements de crédit, et de l'investissement financier corrélatif qu'ils représentent. Inutile de souligner qu'en sus du coût humain, s'ajoute le coût matériel.

590. Investissement matériel. En effet, nous trouvant dans un domaine de haute et fine technologie, l'investissement dans un matériel informatique performant augmente

¹²⁸⁷ *Ibidem*, n° 168. Voir aussi Jérôme HUET, « La modification des droits sous l'influence de l'informatique : aspects de droit privé », JCP (G), I, 1983, n° 3095, n° 13.

¹²⁸⁸ André LUCAS, précité, n° 168.

¹²⁸⁹ Le souci de confidentialité ne devant pas y être étranger.

¹²⁹⁰ L'établissement de crédit pouvant être amené, sur tel ou tel problème ponctuel, à contracter avec des sociétés spécialisées dans le développement des traitements informatiques.

¹²⁹¹ *Supra* n° 397 et 398.

considérablement les coûts d'élaboration de ces programmes ¹²⁹². Or, il paraît aller de soi que tout ceci, investissements humains, financiers, matériels, se retrouve inscrit dans la valeur du produit final, c'est-à-dire du programme ou du logiciel. En somme, en tant que le programme représente la synthèse et le résultat de tous ces efforts, il nous semble donc légitime et incontestable d'attribuer une valeur économique intrinsèque à ce dernier. Et sur ce point, le droit comptable, sans doute contraint par la nécessité d'appréhender objectivement et entièrement la réalité économique et financière de l'entreprise, a été l'un des premiers à faire état de cette valeur économique du logiciel ¹²⁹³.

591. Consécration de la valeur du logiciel au plan comptable. Celle-ci fut admise dans son principe suite à un arrêt du Conseil d'État ¹²⁹⁴ qui est venu dire qu'un programme informatique acquis par une entreprise en vue d'être utilisé pour les besoins de son exploitation durant plusieurs exercices devait être regardé, indépendamment de toute protection juridique particulière, comme un élément incorporel immobilisé ¹²⁹⁵. De là à considérer que le programme constitue juridiquement un bien incorporel il y a un pas qu'on serait tenté de franchir. Mais, d'après le Professeur André LUCAS, il ne saurait l'être, car la comptabilisation du logiciel parmi les actifs immobilisés, ne serait faite que par rapport à l'objectif premier de la comptabilité, c'est-à-dire retracer fidèlement et sincèrement tous les flux de richesse relatifs à l'activité de l'entreprise ¹²⁹⁶. Cela ne fait d'ailleurs que confirmer la conception de l'auteur selon laquelle, l'information en elle-même n'est pas susceptible d'appropriation quand bien même elle serait pourvue d'une valeur économique. Même si, comme nous l'aborderons plus loin lors de l'étude de la théorie des biens informationnels ¹²⁹⁷, à cette prise de position correspond de solides arguments, elle ne nous convainc pas pour autant. Il faut dire que la question de la

¹²⁹² Auquel on peut ajouter la mise à disposition de locaux appropriés.

¹²⁹³ Mais, selon certains auteurs, non juridique, André LUCAS, précité, page 189.

¹²⁹⁴ Du 22 février 1980, Recueil, 1979 ; Revue de Jurisprudence Fiscale, 1984, page 279, note GUILLENCHMIDT. Dans le même sens, voir Conseil d'Etat, 6 décembre 1985, JCP (E), 1986, I, n° 15053.

¹²⁹⁵ Position qui fût approuvée par le Conseil National de la Comptabilité. Voir en ce sens, Bulletin du Conseil National de la Comptabilité, n° 60, 3e trimestre, 1984, page 4. Mais, aussi par l'avis de la commission informatique de ce conseil en date du 29 avril 1987, qui a préconisé l'inscription au bilan de la valeur des logiciels, soit en tant que charge d'exploitation pour les programmes destinés à l'usage interne, soit en tant qu'actif du bilan pour ceux destinés à la commercialisation ou ceux à usage interne qui ont vocation à servir plusieurs exercices, et qui produisent un bénéfice réel et durable sur l'activité de l'entreprise. Pour plus de détails sur la question de la comptabilisation du logiciel, voir André LUCAS, précité, notamment page 188. Au demeurant, et le droit fiscal, ainsi que le droit douanier, semblent également aller dans le sens d'une consécration économique du logiciel, mais sans jamais se prononcer expressément sur la qualification juridique à apporter aux logiciels, simple marchandise matérialisée par leur support ou véritable bien incorporel susceptible d'appropriation.

¹²⁹⁶ Selon l'auteur, « Le souci de refléter fidèlement la réalité économique justifierait que l'on s'en tînt à ce constat, sans s'arrêter aux qualifications juridiques ».

¹²⁹⁷ *Infra* n° 685 et suivants.

consécration de l'information en tant que bien, objet de propriété, est loin d'être admise et prête à de nombreuses discussions sur le plan théorique. Or, à défaut d'une telle consécration, le droit ne pouvait ignorer la réalité introduite par les programmes d'ordinateurs. Dès lors, « La seule voie possible pour consacrer juridiquement de telles valeurs économiques est de recourir au droit de propriété intellectuelle en reconnaissant aux créateurs un droit privatif »¹²⁹⁸.

B La nature du droit reconnu aux créateurs de programmes : le droit d'auteur.

592. Exclusion d'une protection par le droit des brevets. Au regard des textes, la question de la détermination des droits applicables au programme informatique est une chose entendue depuis fort longtemps. En effet, pour savoir quel droit protège le logiciel, il suffit de se reporter aux articles L. 122 - 1, L. 122 - 2 et L. 611 - 10 du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, selon cette dernière disposition, « Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1^{er} notamment... Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs... ». Il est par suite parfaitement clair que les programmes informatiques ne peuvent faire l'objet d'une protection au titre du droit des brevets. Manque pour cela la condition première de la brevetabilité, la nécessité d'une invention. Or, de-par la loi un programme n'est pas une invention. De là résulte qu'aucun brevet ne peut être pris sur un programme d'ordinateur en tant que tel¹²⁹⁹. Evidemment, l'on pourrait discuter sur cette exclusion qui peut paraître quelque peu arbitraire¹³⁰⁰. Cependant, outre le fait qu'elle n'apporterait rien de tangible à notre étude, à reprendre certains auteurs¹³⁰¹, elle serait surtout inutile, « Les

¹²⁹⁸ André LUCAS, précité, n° 172, page 193.

¹²⁹⁹ Mais, il est possible de prendre un brevet sur un procédé qui est mis en oeuvre par un programme et ce à la seule condition que la demande ne porte pas sur le programme en lui-même, mais uniquement sur le procédé. Cette possibilité résulte expressément de l'article L. 611 - 10, 3 du Code de la propriété intellectuelle disposant que, « Les dispositions du 2 n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés audites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considérés comme tel ». Et dans une affaire qui portait sur un, « procédé d'obtention indirecte pour reconstituer les caractéristiques physiques de formation d'un terrain présenté sous la forme de l'enregistrement graphique de signaux de mesures, afin de déterminer l'existence et l'importance de gisements pétroliers dans le terrain », et dont certaines étapes nécessitaient la mise en oeuvre de programmes informatiques, la Cour d'appel de Paris a annulé la décision du directeur de l'INPI qui avait refusé le brevet. En effet, selon la Cour le procédé revendiqué, s'il inclut la mise en oeuvre de logiciels, ne se résume pas à ces logiciels, et que donc l'invention répondait à l'exigence d'application industrielle dès lors qu'elle, « ne consiste pas dans une formule abstraite, mais en une succession d'étapes concrètes, matériellement exécutées ». Arrêt du 15 juin 1981, Gazette du Palais, 1982, II, n° 368, note Philippe Le TOURNEAU. Dans le même sens, voir la décision de la chambre de recours technique de l'office européen des brevets en date du 15 juillet 1986, affaire T. 208/84, JOEB, 1987. 14. Pour un commentaire, JCP (E), 1987, I, n° 16607, note Michel VIVANT et André LUCAS ; JCP (E), 1987, II, n°14916, note Jean-Marc MOUSSERON et Michel VIVANT. Voir aussi note de service du directeur général de l'INPI du 7 août 1987, PIBD, 1987, 1, page 75. Pour une vue générale du problème, voir notamment : Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 5e édition, 1998, n° 681 ; André LUCAS, précité, n° 112 et suivants ; Jean FOYER et Michel VIVANT, « Le droit des brevets », PUF, 1991, page 126.

programmes... étant déclarés d'autorité ne pas être des inventions. Les interrogations sur le fait de savoir, par exemple, s'ils présentent ou non un caractère industriel, sont dès lors d'un autre âge »¹³⁰². Plus pertinente apparaît alors l'étude des dispositions qui assurent concrètement la protection du logiciel.

593. Application des droits d'auteur. A ce titre, il doit être fait référence aux articles précités L. 112 - 1 et L. 112 - 2 du Code de la propriété intellectuelle. D'après le premier d'entre eux, « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quel qu'en soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Or, selon l'article L.112 - 2, « Sont considérés notamment comme oeuvre de l'esprit au sens du présent code : [...] Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire »¹³⁰³. La question de la nature du droit applicable aux programmes informatiques reçoit ainsi une réponse sans ambiguïté : c'est le droit d'auteur qui a vocation à régir ces créations¹³⁰⁴. Cependant, comme on pourra s'en douter, les choses seraient (trop) simples si la protection pouvait s'appliquer, *de facto*, à tout programme sans qu'aucune condition soit exigée pour cela.

II Les conditions nécessaires au bénéfice des droits d'auteurs.

594. L'originalité : une condition nécessaire et suffisante. En fait, c'est une seule condition, nécessaire et suffisante, qui est exigée pour que les droits d'auteur puissent bénéficier à l'œuvre informatique. Cette condition c'est l'originalité de la création. Dès lors qu'elle est remplie, à la différence du droit des brevets, aucune condition de forme n'est

¹³⁰⁰ Le choix du législateur a été, semble-il, dicté par des raisons d'opportunité techniques. Il y aurait eu une réelle difficulté à vérifier le critère de la nouveauté dans un secteur où l'évolution est rapide. Mais, aussi économiques, très peu de programmes auraient pu être qualifiés d'inventifs, ce qui aurait détourné les professionnels de cette voie de protection. De surcroît, la France ne pouvait s'isoler par rapport à de nombreux pays étrangers qui avaient déjà opté pour la protection par le droit d'auteur. Une distorsion de régime en serait résultée, ce qui ne serait pas allé dans le sens d'une unité de protection à l'échelle internationale.

¹³⁰¹ Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 126.

¹³⁰² Cependant, les auteurs ne cachent pas leur désaccord avec la philosophie du texte puisque selon eux, « Celui qui met au point... un programme d'ordinateur (réellement) nouveau invente bien quelque chose et ... le fait d'un inventeur n'est autre chose qu'une... invention... En d'autres termes, quand le législateur national ... dit ceci ou cela n'est pas une invention, c'est, par la magie du verbe qui fait le droit, en baptisant carpe le lapin ! [...] Hors les prévisions du texte, s'il y a véritablement invention, il faut la reconnaître comme telle. S'il n'y a pas invention, point besoin de texte pour permettre de dire qu'il n'y a pas d'invention ». *Ibidem*, page 119. Voir aussi sur l'état de la question, André LUCAS, précité, n° 75 et suivants, notamment n° 180.

¹³⁰³ La disposition vient ainsi transposer en droit français (loi n° 94 - 361 du 10 mai 1994, JO du 11 mai 1994) la directive du Conseil du 14 mai 1991, qui a imposé la protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur, JOCE du 17 mai 1991, n° L. 122, page 42. Cette dernière n'avait cependant pas innové puisque déjà notre loi n°85 - 660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur prévoyait la protection des logiciels au titre des droits d'auteur.

¹³⁰⁴ « Le programme se présente sur le plan formel comme une œuvre du langage, puisque ce sont des mots qui le rendent opérationnel. Il est donc normal de songer à recourir à un monopole aussi accueillant » que le droit d'auteur, André LUCAS, précité, n° 186, page 209.

requis, et notamment celle relative au dépôt ¹³⁰⁵. Reste à déterminer si tous les programmes d'ordinateurs, quels qu'ils soient, remplissent cette condition du seul fait de leur nature ou si l'exigence d'originalité est à vérifier au cas par cas. Partant, il nous sera possible de dire si oui ou non les programmes scores, ainsi que les systèmes experts sont éligibles aux droits d'auteur (B). Mais pour cela, il nous faut impérativement passer par une analyse minutieuse de la notion d'originalité (A).

A La notion d'originalité.

595. Plan. C'est là comme nous venons de le signaler une condition qui ne peut manquer si l'on veut que les programmes scores ou experts bénéficient de la protection due au titre des droits d'auteur (1°). La difficulté réside à l'heure actuelle dans le degré d'originalité souhaitable (2°).

1° Principe.

596. Logiciel et originalité. Dans toute œuvre de l'esprit, la condition d'originalité doit être remplie. Les programmes d'ordinateurs en tant que marque de l'esprit n'échappent pas à la règle. C'est là un point sur lequel tout le monde s'accorde aujourd'hui ¹³⁰⁶. Cependant, ne nous méprenons pas, que le logiciel soit soumis au droit commun, ne signifie pas pour autant que tout logiciel soit, par nature, original. En effet, ce n'est pas parce que le logiciel fait partie de la liste légale des œuvres entrant dans le champ de protection de droits d'auteurs qu'il bénéficiera, *ipso facto*, de celle-ci. Ne faisons pas dire au texte ce qu'il ne dit pas. Toute création ayant pour objet un programme d'ordinateur ne remplit pas pour autant la condition d'originalité. L'affirmation paraît aller de soi, pourtant l'étude de la jurisprudence démontre le contraire.

597. Protection du logiciel en tant que genre. Au commencement de cette discordance jurisprudentielle, nous pouvons citer la décision du 2 novembre 1982 de la Cour d'appel de Paris qui avait énoncé en principe que « L'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante » ¹³⁰⁷. Au vu de ces termes, il est clair que la condition d'originalité, s'agissant des logiciels n'a pas à être recherché puisque, par nature, ceux-ci la rempliraient. Cette conception n'a visiblement pas convaincu la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, puisque selon celle-ci les juges du fond étaient tenus de vérifier si les logiciels élaborés étaient

¹³⁰⁵ Toutefois, un dépôt, par exemple, sous enveloppe Soleau délivrée par l'INPI aura l'avantage d'apporter la preuve qu'à la date d'exécution de la formalité la création existait. Voir sur ces conditions de forme, Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, précité, n° 687 ; Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 466 ; André LUCAS, précité, n° 195.

¹³⁰⁶ Ce qui n'a pas toujours été le cas. En effet, pour certains le logiciel ne pouvait répondre à cette condition faute pour lui d'avoir un caractère esthétique ou encore faute pour lui d'employer un langage qui s'adresse à l'homme. Voir André LUCAS, précité, page 220, notamment notes 115 et 116.

¹³⁰⁷ Dite affaire Pachot, Dalloz, 1982, Informations Rapides, 481 ; Gazette du Palais, 1983, I, page 117, note Jacques-Roger BONNEAU.

originaux ¹³⁰⁸. C'était là admettre clairement que tout logiciel ne remplissait pas, par nature, la condition d'originalité, et qu'au contraire cette dernière devait être vérifiée de manière casuistique. La cause paraissait donc définitivement entendue. Mais c'était là sans compter sur la résistance opposée par certaines juridictions du fond, ¹³⁰⁹ qui ont continué à réputer original le logiciel en tant que genre, en affirmant que par nature le logiciel remplit la condition d'originalité et ce, à raison de l'effort intellectuel que nécessite sa réalisation. Dans un tel contexte l'on est en droit de s'interroger sur la réelle signification du terme originalité.

2° Signification ou le niveau d'exigence d'originalité

598. La conception traditionnelle de l'originalité. Dans sa conception subjective, généralement retenue par la jurisprudence et la doctrine, l'originalité est définie comme la marque de l'empreinte de la personnalité du créateur ¹³¹⁰. Mais cette définition, traditionnelle, a été élaborée à une époque où les programmes informatiques n'existaient pas et où il était plus aisé de détecter dans une oeuvre l'empreinte de la personnalité. Or, dans un programme dans lequel les écritures sont une succession de chiffres et de lettres qui dépasse l'entendement du commun des mortels, il paraît pour le moins difficile d'identifier une quelconque marque de personnalité. Pourtant, à reprendre l'opinion du Professeur André LUCAS « Le langage utilisé pour rédiger des instructions est indifférent » ¹³¹¹. Alors, fallait-il reprendre cette conception traditionnelle et l'appliquer telle quelle à l'oeuvre informatique ? Ou était-il préférable d'adapter quelque peu l'exigence d'originalité à cette nouvelle réalité intellectuelle incarnée par les logiciels ?

599. Une jurisprudence indécise. En ce domaine la jurisprudence n'est pas vraiment accordée quant à la réponse à fournir ¹³¹². Ainsi, si on fait référence à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 novembre 1982 ¹³¹³, les choses paraissent claires en ce

¹³⁰⁸ Trois arrêts du 7 mars 1986, Dalloz 1986, II, page 405, commentaires N. EDELMAN ; JCP (G), 1986, II, 10631, note Jean-Marc MOUSSERON, Bernard TEYSSIE et Michel VIVANT ; Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1986, page 399, note André FRANÇON.

¹³⁰⁹ Voir notamment en ce sens, Cour d'appel de Paris, 27 janvier 1987, Dalloz 1987, Informations Rapides, page 37 ; JCP (E), 1987, I, n° 16607, n° 2, note Michel VIVANT et André LUCAS. Voir aussi, TGI de Paris, mars 1987, Revue Expertises, mai 1987, page 195.

¹³¹⁰ En ce sens, voir cassation civile, 27 mai 1942, Sirey, 1942, page 124 ; cassation civile 1^{ère}, 15 janvier 1974, Dalloz, 74, page 267.

¹³¹¹ André LUCAS, précité, n° 192.

¹³¹² Faisons remarquer au demeurant qu'elle ne l'était pas plus s'agissant des créations que l'on pourrait qualifier de « classiques » par rapport aux nouvelles technologies. En ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1965, Bulletin, III, n° 228, page 202 ; Cour d'appel de Douai, 4 décembre 1964, Annales de la Propriété Industrielle, 1965, page 218, et Cour d'appel de Paris, 19 juin 1984, Dalloz, 1985, informations rapides, page 309, notre COLOMBET.

¹³¹³ Arrêt précité, *supra* n° 597.

sens que même en matière de logiciel, la conception traditionnelle de l'originalité doit l'emporter. En effet, a-t-elle jugé à propos de l'élaboration d'un programme d'ordinateur que «... les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité ». En revanche, la Cour de cassation semble exiger, au-delà d'un effort personnalisé, que l'œuvre porte la marque de « l'apport intellectuel » de son auteur¹³¹⁴. Or, selon André LUCAS, « La volonté de remettre en cause la conception traditionnelle de l'originalité... est évidente »¹³¹⁵. Reste alors à saisir le contenu de cette nouvelle conception.

600. La conception renouvelée. Que faut-il entendre par « apport intellectuel »? *A priori*, et comme certains auteurs l'ont pensé, il est vrai que l'on peut voir dans ce critère « un abaissement du seuil d'exigence posé pour l'accès à la protection »¹³¹⁶. En effet, dans la mesure où l'on peut voir dans n'importe quel programme le trait d'un travail intellectuel démontrant un apport intellectuel, il devrait être admis que tout programme ainsi conçu puisse bénéficier de la protection au titre des droits d'auteur. Cela explique peut-être que certaines décisions admettent la protection, par le droit d'auteur, aux logiciels de par leur nature¹³¹⁷. Mais, il faut le reconnaître, c'est bien là faire fi de la condition d'originalité tout entière. La majorité des auteurs s'accorde donc pour dire que l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 mars 1986 apporte une nouvelle vision de l'exigence d'originalité de l'œuvre informatique.

601. Nécessité de la nouveauté et de l'apport intellectuel. La Cour manifesterait là « un souci d'objectivité du critère » d'originalité certain¹³¹⁸. Ainsi, selon l'opinion des Professeurs Jean FOYER et Michel VIVANT, « A durcir encore le trait, il n'est vraisemblablement pas faux de dire qu'aujourd'hui l'originalité, au moins quand il s'agit de logiciels, flirte avec la nouveauté et qu'ainsi, pratiquement, le logiciel a de fortes chances d'être jugé protégeable dès l'instant où ne peuvent lui être trouvés des précédents qu'on qualifierait, en matière de brevet, d'antérieurs »¹³¹⁹. Le rapport Jonquerès¹³²⁰, semble, au moins en partie, allait dans ce sens puisque selon ce dernier, il faudrait voir

¹³¹⁴ Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 mars 1986, précité.

¹³¹⁵ André LUCAS, précité, page 223. « Rechercher l'empreinte de la personnalité du créateur à travers des instructions adressées à une machine nous a toujours paru relever de l'artifice », dit ce même auteur. Selon lui, il apparaît donc nécessaire, s'agissant des créations informatiques, de dépasser l'opposition entre nouveauté et originalité. Dans le même sens, Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 465, selon lesquelles, « L'originalité est comprise comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur qu'il est, à l'évidence assez malaisé de découvrir dans une oeuvre au premier chef fonctionnelle comme le logiciel ».

¹³¹⁶ Michel VIVANT, Charles LE STANC, Lucien RAPP, Michel GUIDAL et Jean-Louis BILON, ouvrage LAMY « Droit de l'informatique », 1993, n° 101.

¹³¹⁷ Voir décision précitée dans ce sens, *supra* n° 597.

¹³¹⁸ Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 465.

¹³¹⁹ Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 465 *in fine* et page 466 *in limine*.

dans la notion d'originalité une synthèse des exigences de nouveauté et d'activité inventive. Le Professeur André LUCAS en tire la conclusion que « La référence au critère d'activité inventive montre bien qu'il s'agit d'imposer un seuil de créativité »¹³²¹. Dès lors, et à l'instar de ce qui avait déjà été jugé en Allemagne¹³²², la protection des programmes d'ordinateurs, par le droit d'auteur, serait subordonnée à la démonstration d'un « niveau d'originalité créatrice suffisant » vérifié par rapport aux « capacités du programmeur moyen »¹³²³. Notre Haute juridiction n'exigerait alors pas autre chose, elle aussi, qu'un effort de création. L'on peut donc être « porté à croire que la simple nouveauté est insuffisante »¹³²⁴. Et que la démarche à suivre afin de savoir si un programme est éligible au droit d'auteur serait, « de rechercher si le logiciel est nouveau et vérifier, ensuite si l'auteur a fait un apport intellectuel dès lors que l'auteur a le choix entre différents modes d'expression et de présentation »¹³²⁵.

602. Un simple apport personnel. Mais, alors pourquoi la Cour de cassation a-t-elle éprouvé le besoin, dans un arrêt du 16 avril 1991 de préciser que « La Cour d'appel a souverainement apprécié l'originalité au regard de l'apport personnel de l'auteur et sans avoir à se référer à la notion d'invention nouvelle étrangère à l'application de la loi du 11 mars 1957 » ?¹³²⁶. C'est donc la reconnaissance qu'aucune activité inventive n'est exigée pour caractériser l'originalité d'un programme. Pourtant, selon la Cour de Grenoble, l'œuvre originale serait celle qui porte la marque de l'apport intellectuel de l'auteur. C'est-à-dire celle dans laquelle on reconnaît un effort intellectuel individualisé et un caractère objectif de nouveauté¹³²⁷.

603. Conclusion : un critère traditionnel inadapté à la nature du logiciel. Au final, l'on peut remarquer qu'il est bien difficile aujourd'hui de cerner avec certitude ce que recèle la condition d'originalité appliquée aux programmes informatiques. Nous pouvons

¹³²⁰ Rapport fait à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à propos de l'affaire Pachot, voir, notamment, Revue de Droit de la Propriété Industrielle, 1986, n° 3, page 213, n° 90.

¹³²¹ Précité, page 224. L'auteur prend appui sur les propos du rapporteur JONQUERES pour qui, « si l'opération est simple et l'algorithme prédéterminé par le résultat à atteindre, le logiciel pourra alors apparaître comme dépourvu d'originalité », note n°132 de l'ouvrage d'André LUCAS, précité.

¹³²² Cour suprême de la République fédérale allemande, décision du 9 mai 1985, Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1986/, page 32, note Jaap-H. SPOOR.

¹³²³ Voir cependant, sur les obstacles conceptuels à cette solution, André LUCAS, précité, pages 225 et 226.

¹³²⁴ Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, précité, n° 686, page 386.

¹³²⁵ *Ibidem*.

¹³²⁶ Cassation civile 1ère, 16 avril 1991, JCP (G), 1991, II, n° 21770, note Hervé CROZE.

¹³²⁷ Cour d'appel de Grenoble, 19 septembre 1989, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1990, page 387, note André FRANÇON.

simplement constater, en même temps que les Professeurs Chavanne et Burst que « L'on s'éloigne beaucoup de la notion subjective classique de l'originalité »¹³²⁸. Le certain est que l'utilisation du critère de la marque « de l'empreinte de la personnalité du créateur », est inopportune pour caractériser l'originalité d'un logiciel. Celui-ci ne pourrait donc l'être qu'à condition que soit caractérisé, « l'apport personnel ou intellectuel », voire le simple « effort personnel ». Or, sur ces dernières notions, force est d'admettre que s'agissant d'une oeuvre fonctionnelle¹³²⁹, comme les programmes d'ordinateurs, l'originalité aura toujours tendance à être recherchée par rapport à l'existant. Autrement dit, par référence à l'état de la technique. Sur ce fondement, les traitements scores ou les systèmes experts en tant que programmes d'ordinateurs souffriront-ils l'analyse ?

B Application de la notion aux modes d'évaluation de la dignité de crédit.

604. Plan. Un programme de crédit-scoring (2°) ou un système expert (1°) peut-il être l'objet du droit d'auteur ? Telle est la question à laquelle il faut apporter une réponse. Comme nous venons de le signaler cela revient purement et simplement à se demander s'ils remplissent la condition d'originalité.

1° Le système expert

605. Problématique : oeuvre composite ou oeuvre unitaire ? Or, s'agissant de cette dernière, il a pu être dit au sujet des systèmes experts, que « leur structure originale est une des caractéristiques qui les rattachent aux développements » relatifs aux droits d'auteur¹³³⁰. Mais, à la différence d'un simple programme informatique, tel que pourrait être qualifié un traitement type score, le système expert, lui, obéit à une certaine complexité technique qui se retrouve au plan juridique. En effet, lorsque nous avons abordé la question des systèmes experts nous avons pu écrire que l'un des traits caractéristiques de ces derniers était, « la séparation qu'ils pratiquent entre les connaissances qui leur sont nécessaires (la base de connaissances) et le programme qui permet d'utiliser ces connaissances (moteur d'inférence). Au plan juridique comment saisir cette réalité ? Faut-il rechercher la protection de chacune des composantes du système expert ? (a./) Ou alors faut-il appréhender le système expert comme un tout ? (b./). Le juriste a bien du mal à répondre à cette alternative.

a./ Analyse composite.

606. Qualification du moteur d'inférence. Ainsi, le moteur d'inférence, qui peut être défini comme le programme qui, « construit un raisonnement à partir de faits qui lui sont indiqués en exploitant les connaissances contenues dans la base précisément dite de connaissance »¹³³¹, serait, en tant que logiciel spécifique, éligible au titre des droits

¹³²⁸ Précité, n° 686, page 387.

¹³²⁹ A la différence d'une oeuvre musicale, littéraire ou esthétique qui n'a d'intérêt que le plaisir qu'elle procure au sens.

¹³³⁰ Ouvrage LAMY « Droit de l'Informatique », précité, n° 476, page 278 *in fine*.

¹³³¹ *Ibidem*, n° 477.

d'auteur. Or, ce logiciel, lorsqu'il aura pour objet l'organisation de connaissances d'experts en matière de crédit portera très probablement en lui la marque de l'apport personnel du créateur, en l'espèce l'établissement de crédit. Ceci nous semble être conforté par l'idée que bien souvent chaque établissement de crédit élabore son propre raisonnement quant aux corrélations à établir entre les faits. Raisonnement élaboré en relation, notamment, avec sa propre expérience, sa stratégie d'affaires... Dès lors, il paraît tout à fait logique de retrouver dans un logiciel destiné à construire un raisonnement à partir de connaissances, la marque d'originalité nécessaire à la protection par le droit d'auteur. Nous pouvons donc conclure qu'en matière de comportement de crédit, le logiciel d'inférence qui doit permettre la mise en forme des connaissances (brutes)¹³³² remplit la condition d'originalité telle que nous l'avons définie plus haut¹³³³. Le même constat peut-il être fait pour, cette fois-ci, la base de connaissance ?

607. Qualification de la base de connaissance. S'agissant de cette dernière, deux voies peuvent être explorées. La première part du principe que la base de connaissances s'analyse en un logiciel, et qu'à ce titre elle entre dans le champ d'application des droits d'auteur spécifiques aux créateurs de logiciels¹³³⁴. La seconde, elle, part du postulat qu'en tant qu'elle adopte une certaine formalisation, la base de connaissances pourrait se voir appliquer les droits d'auteur traditionnels¹³³⁵. Mais, à dire vrai, cette question n'a guère d'importance quant à la condition d'originalité qui est de toute façon exigée dans les deux cas. Si donc l'on considère la base de connaissances comme un logiciel il ne s'agira plus que de rechercher « l'apport intellectuel » de l'auteur. Or, l'on peut considérer que s'agissant d'un domaine où il est nécessaire de formaliser un savoir et du savoir-faire d'experts¹³³⁶, l'aspect créatif, voire inventif¹³³⁷, semble indissociable de la construction de la base de connaissances. Et c'est bien sur cet aspect de formalisation, d'agencement

¹³³² Age, revenus, charges... Voir *supra* n° 323 et suivants.

¹³³³ A croire certains auteurs, il faudrait opérer une distinction entre le moteur d'inférence élaboré en interne et celui acquis auprès d'un tiers. Ainsi, nous disent-ils, « Nous ne sommes pas persuadés que l'acquéreur d'un moteur d'inférence en vente sur le marché, qui crée ses propres règles pour élaborer les systèmes dont il a besoin accomplisse une activité de programmation, comme celui qui conçoit un logiciel au sens traditionnel du terme », ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », précité, n° 478, page 229, 2e colonne. Mais, cela ne nous semble pas faire irrémédiablement obstacle au critère de l'originalité dès l'instant où l'adaptation du logiciel acquis aux besoins particuliers implique « l'apport personnel » de l'acquéreur.

¹³³⁴ Loi du 3 juillet 1985 ; voir ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », n° 479, 1e colonne.

¹³³⁵ Tel qu'issu de la loi du 11 mars 1957, voir *ibidem*, n° 479, 1e colonne, n° 478, 2e colonne et n° 475, 1e colonne. Voir aussi, André LUCAS, précité, n° 206.

¹³³⁶ « Du logiciel d'abord, évidemment. Du savoir et du savoir-faire ensuite. Un *corpus* de données formalisant ce savoir et, autant qu'il est possible, un certain savoir-faire », *in* ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », à propos du système expert considéré globalement, n° 479, 1e colonne, page 280.

¹³³⁷ Ce à quoi amène la jurisprudence précitée. Or, selon le Professeur André LUCAS, « Subordonner la protection au contenu inventif de la création, c'est, selon nous, dénaturer la technique » du droit d'auteur, précité, page 226.

des connaissances, d'acheminement de celles-ci ou encore du choix des connaissances à mettre en oeuvre que portera l'originalité du programme. Car, l'on sait que par principe, « les idées sont de libre parcours »¹³³⁸. Dès lors, ce savoir-faire ne pourra, en lui-même, jamais faire l'objet d'un droit privatif tel que celui conféré par le droit d'auteur¹³³⁹. En effet, ce dernier ne s'applique qu'à la forme de l'œuvre, ici la base de connaissances. Ceci est vrai que l'on considère cette base comme un logiciel ou comme une formalisation spécifique de connaissances. Et c'est dans cette formulation que doit être recherchée l'originalité nécessaire à sa protection, « l'apport personnel »¹³⁴⁰, « la marque de l'empreinte de la personnalité » du créateur¹³⁴¹. Or, *a priori*, il ne nous paraît pas inimaginable de voir dans les systèmes experts élaborés en interne par les établissements de crédit, dans un but bien déterminé, l'analyse de la dignité de crédit, la marque d'un acte créatif qui diffère selon les établissements de crédit concepteurs, et qui mérite donc protection au titre des droits d'auteur¹³⁴².

b./ Analyse unitaire.

608. Protection globale des systèmes experts. La même conclusion pourrait être apportée, même si dans une seconde analyse on considérait les systèmes experts, non plus comme une oeuvre composite (moteur d'inférence d'un côté et base de connaissance de l'autre) mais comme une oeuvre à part entière et considérée comme une¹³⁴³. L'idée est admise, et même souhaitée par certains. Ainsi, selon le Professeur LUCAS, « Il est fâcheux en effet que le droit ne puisse prendre en compte globalement la qualité du processus créatif dans ces techniques d'intelligence artificielle... qui sont précisément le fruit de l'interaction des efforts de recherche des informaticiens et des spécialistes d'autres disciplines »¹³⁴⁴. Pris globalement donc, le système expert pourrait se voir appliquer la législation relative aux droits d'auteur¹³⁴⁵. Et dont le « processus créatif... fruit de l'interaction d'efforts de recherche... » à l'origine du système expert, pourrait très bien caractériser le critère d'originalité. Selon nous, il n'existe guère d'obstacles pour considérer que les systèmes experts développés par les établissements

¹³³⁸ Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 9 ; ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », précité, n° 475 et 479.

¹³³⁹ Sans doute au grand regret des professionnels de l'intelligence artificielle. En ce sens, ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », précité, n° 479.

¹³⁴⁰ Si l'on considère la base de connaissances comme un logiciel.

¹³⁴¹ Si l'on appréhende la base de connaissances en tant que savoir et savoir-faire formalisé.

¹³⁴² Traditionnelle ou spécifique au logiciel.

¹³⁴³ Intégrant un moteur d'inférence et une base de connaissances.

¹³⁴⁴ André LUCAS, précité, n° 206, page 235. Voir aussi, ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », précité, page 280, 2e colonne.

¹³⁴⁵ Soit en tant que création de forme, soit en tant que logiciel « un peu particulier ». Voir ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », précité, n° 478, page 279, et n° 479, page 280.

de crédit en vue d'évaluer la capacité de remboursement d'un demandeur de crédit puissent prétendre à la protection instituée par les droits d'auteur. Peut-on en dire autant des programmes à la base des systèmes scores ?

2°Le système score.

609. Principe. En tant que programme d'ordinateur, le système score est susceptible de bénéficier des droits d'auteur au même titre que le système expert. Il est vrai, les choses apparaissent moins compliquées dans la mesure où il n'y a pas de séparation entre les connaissances et les systèmes les mettant en oeuvre. Cependant, la même condition d'originalité doit être recherchée. Au sens où l'entend la Cour de cassation dans son arrêt Pachot, il sera, notamment, nécessaire de caractériser l'apport intellectuel de l'établissement de crédit à l'origine du système. Or, il nous semble que l'on puisse avoir cet apport dans le choix des critères utilisés, des croisements opérés ou même des pondérations effectuées bien souvent différemment selon l'établissement de crédit concepteur. Il y a là certainement une formalisation de l'information qui peut donner prise aux droits d'auteur en dehors des méthodes mathématiques nécessaires à la mise en oeuvre effective du système. Dès lors, sans préjuger de ce qui pourrait être décidé au cas par cas par les tribunaux, l'on ne peut, *a priori*, pas exclure les systèmes de crédit-scoring du champ d'application des textes relatifs aux droits d'auteur, et notamment ceux afférents aux logiciels.

610. Conclusion : une protection par les droits d'auteur possible. Au terme de ce développement où nous sommes parvenus à établir que le traitement score et les systèmes experts pouvaient entrer dans le champ de protection de la législation relative aux droits d'auteur, une conclusion s'impose d'elle-même : les dispositions de la directive, et de la future loi de transposition, qui font obstacle à la communication des logiques utilisées dans ces programmes s'appliquent pleinement. Or, à ce sujet, nous savons que l'une des prérogatives du titulaire des droits d'auteur réside dans la possibilité de divulguer ou de ne pas divulguer son oeuvre au public¹³⁴⁶. Et dans cette dernière hypothèse de garder par-devers lui la démarche logique qui est au cœur du système¹³⁴⁷.

611. Etendue de la protection. Il est vrai que tous les auteurs ne s'entendent pas sur l'étendue de la protection. Doit-elle uniquement concerner l'expression, la formalisation de l'idée ou peut-elle également viser la structure même du logiciel, sa fonctionnalité ?

612. Une protection totale. Si l'on adopte une conception large de l'originalité du logiciel, c'est-à-dire entendu comme la marque de la liberté des programmeurs pour organiser les séquences d'instructions, il ne fait guère de doute alors que le droit d'auteur pourra porter sur les logiques à la base du programme. Ainsi, au-delà de la simple expression des programmes c'est bien toute la, « composition du traitement »¹³⁴⁸, la « séquence fondamentale »¹³⁴⁹, « la structure essentielle »¹³⁵⁰, « l'enchaînement

¹³⁴⁶ Article L. 121 – 2 du Code de la propriété intellectuelle. En ce sens voir Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 467 *in fine*.

¹³⁴⁷ Voir en ce sens, les auteurs cités par André LUCAS, précité, n° 217, notamment page 253.

original des séquences »¹³⁵¹ ou encore « l'ordonnement »¹³⁵² du traitement qui fera l'objet de la protection.

613. Une protection difficile. En revanche, si l'on souscrit à l'opinion restrictive soutenue, notamment, par André LUCAS, le droit d'auteur ne protégeant que la forme séparée de toute idée de fonctionnalité¹³⁵³ du traitement, seuls peuvent bénéficier de ce droit les « choix des expressions », et le « détail de l'aménagement » des traitements¹³⁵⁴. L'originalité et la protection sont à rechercher en ces termes, et non pas dans le cœur du traitement, des logiques utilisées ou des raisonnements employés... Envisagée ainsi, il est clair que la protection du programme de crédit-scoring et même du système expert paraît difficilement envisageable, même si, comme nous l'avons souligné, elle n'est, *a priori*, pas à exclure.

614. Une protection de droit. Quoi qu'il en soit, si le programme à l'origine du système expert ou du traitement score franchi l'obstacle de l'exigence d'originalité, les droits d'auteur s'appliqueront à eux, et cela sans qu'il soit besoin d'accomplir une quelconque formalité administrative. C'est une protection de droit et concomitante à l'acte de création. Cependant, reconnaissons qu'il y a quelque chose d'antinomique entre, d'une part, le souci de protection de l'œuvre informatique et, d'autre part, le souci d'assurer à tout demandeur de crédit refoulé le droit à la connaissance et à la contestation des logiques utilisées dans les traitements automatisés.

615. Opposition entre droits de l'article 3 et droits d'auteur. En effet, d'un côté, en autorisant l'accès aux raisonnements informatiques, le législateur porte ainsi directement atteinte aux droits d'auteur. Mais de l'autre, et à l'inverse, en précisant que le droit d'accès ne doit pas porter atteinte aux droits d'auteur, il porte par-là même directement atteinte au droit d'accès et de contestation conférer au demandeur de crédit déçu. Ainsi, pour reprendre une expression bien connue, le législateur semble donner d'une main ce qu'il retient de l'autre. Mais alors loin de résoudre les difficultés prévisibles relatives au droit d'accès à la matière informatique, il n'a fait, par ces dispositions,

¹³⁴⁸ B. LAMBERT, « Nature juridique des programmes d'ordinateurs », thèse, Paris, 1969, page 165.

¹³⁴⁹ A. ULMER, « La protection par le droit d'auteur des oeuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier », Revue de Droit des Affaires Internationale, octobre 1972, page 85.

¹³⁵⁰ Franck GOTZEN, « Le droit d'auteur face à l'ordinateur », Le Droit d'Auteur, 1977, page 18,

¹³⁵¹ Pierre LECLERCQ, « La protection juridique du logiciel », CBI information, n° 23.

¹³⁵² Ivan CHERPILLOD, « L'objet du droit d'auteur », Lausanne, CEDIDAC, 1985, n° 283.

¹³⁵³ Faisons cependant remarquer qu'une telle vision n'est acceptable que si la forme est séparable de la fonction, ce qui, en matière de programmes informatiques où le langage est par nature fonctionnel, demeure difficilement réalisable. En ce sens, André LUCAS, précité, page 226.

¹³⁵⁴ André LUCAS, précité, se ralliant à la position de DESBOIS. Dans le même sens, Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 468.

qu'engendrer de nouvelles questions dont très probablement la CNIL aura à connaître, au même titre qu'elle a eu à le faire lorsqu'elle a abordé la question du secret des affaires. Or, précisément, face aux difficultés afférentes à la protection par le droit d'auteur l'on est en droit de se demander si une rétention fondée, cette fois, sur le secret, des affaires notamment, ne serait pas plus opportune et mieux à même d'assurer la cohérence du système ainsi que la protection des intérêts légitimes des établissements de crédit ?

SECTION 3 La protection du secret des affaires ou la protection des intérêts économiques des établissements de crédit .

616. Divergences d'opinion entre la CNIL et les établissements de crédit. Il est vrai à l'heure actuelle que la CNIL et les établissements de crédit adoptent une vision radicalement différente des dispositions de l'article 3, du moins des conditions de son application effective. L'affrontement n'est pas chose nouvelle. En effet, déjà dans le rapport d'activité de la CNIL pour 1985¹³⁵⁵ était relevé le fait que les établissements de crédit opposaient très fréquemment le secret commercial lorsque étaient en jeu les systèmes de crédit-scoring¹³⁵⁶. L'attitude de rétention des établissements de crédit allait très loin puisqu'elle était, semble-t-il, même opposée à la CNIL lors des déclarations des traitements. Ceci est apparemment confirmé par la nécessité qu'a éprouvé la CNIL de préciser, lors de sa délibération du 30 avril 1985¹³⁵⁷ que, « les organismes de crédit doivent communiquer à la commission sans que le secret des affaires soit opposable, les raisonnements utilisés pour le calcul du score »¹³⁵⁸. Si par la suite cette dernière mise au point a remis les établissements de crédit dans le sens de la légalité quant aux obligations de déclaration envers la CNIL, elle n'a, visiblement, pas eu le même effet quant à leurs obligations envers les demandeurs de crédit qui découlent de l'article 3. Effectivement, ce n'était là que les prémices d'un conflit qui allait opposer la CNIL ainsi que les associations de consommation aux établissements de crédit, et dont le point d'orgue se matérialisera dans le recours intenté devant le Conseil d'Etat par les établissements de crédit suite à une délibération de la CNIL qui concernait la technique de la segmentation comportementale¹³⁵⁹. Les faits à l'origine de cette décision, très controversée, de la CNIL ont suffisamment été exposés lors de nos développements précédents¹³⁶⁰ pour l'être à nouveau ici. On peut simplement remémorer au lecteur qu'il s'agissait là d'un cas de refus

¹³⁵⁵ Sixième rapport d'activité de la CNIL, précité, page 82 *in fine*.

¹³⁵⁶ Ariane MOLE, Les Petites Affiches, n° 111, précité, page 120, 1^e colonne.

¹³⁵⁷ Recommandation précitée n° 85 - 15.

¹³⁵⁸ Précité, page 84. Voir aussi sur ce point, Sophie GDJIDARA, précité, n° 309, page 256.

¹³⁵⁹ Délibération n° 93 - 032 du 6 avril 1993 relative au contrôle effectué le 2 octobre 1992 à la caisse régionale du Crédit Agricole de la Dordogne, précité. Pour le texte, voir 14^e rapport de la CNIL, page 62 et suivantes ; également voir ouvrage de la CNIL, « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité, délibération n° 12.

¹³⁶⁰ Voir *supra* n° 202, 449 et suivants.

de communication du segment auquel la personne concernée demandait l'accès. Mais, le conflit est né de l'interprétation plutôt extensive qu'a eu la CNIL du droit d'accès¹³⁶¹.

617. Source du conflit. En effet, selon elle, « Le droit d'accès doit pouvoir pleinement s'exercer et que les personnes concernées doivent pouvoir avoir connaissance des mentions relatives à la segmentation qui figure dans le fichier en cause et en obtenir la signification... ». Cette solution heurtait le point de vue des établissements de crédit. Car, selon ces derniers, l'information relative à la segmentation relevait de leurs propres pratiques commerciales, et qu'à ce titre elle était couverte par le secret des affaires et donc hors du champ du droit d'accès¹³⁶². Admettre l'inverse, comme l'a pourtant fait la CNIL, serait ainsi porter un préjudice grave à l'entreprise, l'élaboration de la segmentation étant, selon ces mêmes établissements de crédit, issue d'un savoir-faire qu'ils entendent bien conserver secret¹³⁶³. Mais, cet argumentaire n'a pas ému plus que cela la CNIL ni le Conseil d'État d'ailleurs, puisque celle-ci a affirmé dans sa délibération exactement le principe inverse, et que le Conseil ne l'a pas désavoué sur ce point. L'on ne peut être plus clair, selon la commission, « Les droit d'accès et de rectification doivent pouvoir s'exercer... sans que les établissements puissent opposer le secret des affaires et l'intérêt économique ou commercial de l'entreprise »¹³⁶⁴. Est-ce à dire que l'on doit se conformer à cette idée ? Il semble que les établissements de crédit aient depuis décidé de faire de la résistance. En effet, nous avons déjà pu voir¹³⁶⁵ que bien souvent les institutions financières refusaient l'accès à leurs fichiers considérant qu'ils faisaient partie d'une gestion « purement interne »¹³⁶⁶. Cette fronde contre cette politique de la CNIL qui laisse si peu d'égard aux intérêts économiques et commerciaux des banques est, selon nous, loin d'être dénuée de toute légitimité et de tout fondement. En effet, à reprendre le texte communautaire, l'on peut s'apercevoir que la protection de ces intérêts n'a pas été absente de l'esprit du législateur.

618. La légitimité d'une rétention fondée sur le secret des affaires. La directive, en posant comme principe que le droit à la connaissance des logiques informatiques « ne doit pas porter atteinte au secret des affaires », consacre expressément la légitimité d'une

¹³⁶¹ Dont, selon certains commentaires, le fondement, article 3 ou article 34, demeure incertain. Voir sur ce point l'étude d'Isabelle GAVANON, précité, page 77 et suivantes. Pour d'autres, plus nombreux, il s'agissait bien du droit d'accès général. Voir, notamment, Ariane MOLE, « Segmentation de clientèle... », précité, page 25, n° 5 ; Sylvie LEPANY, précité, page 77 ; Jean FRAYSSINET, « Segmentation comportementale : le droit d'accès », Revue Expertises, janvier 1996, page 30.

¹³⁶² Sur ce point, voir Sylvie LEPANY, précité, page 77.

¹³⁶³ Voir en ce sens, Jean FRAYSSINET, précité, page 29.

¹³⁶⁴ Sur ce point, voir Ariane MOLE, précité, page 25, n° 5 *in fine* ; Sandrine MUNOZ, thèse, précité, n° 578, page 404, et n° 569, page 395 ; ouvrage CNIL précité, « Informatique et libertés : vingt délibérations commentées », délibérations n° 4 et 12 ; 19e rapport d'activité de la CNIL, page 117.

¹³⁶⁵ *Supra* n° 489 et 490.

¹³⁶⁶ Voir enquête le UFC - Que Choisir, précité, pages 22 et 23.

rétenion des informations par les responsables des traitements en question. Indirectement, c'est quasiment un principe de supériorité du droit au secret sur le concept de transparence voulu par ailleurs, qui est édicté. Il est vrai que le législateur français n'a pas repris, lors de la transposition de la directive, l'argument. Est-ce à dire que par cette « omission », volontaire ou non, il a voulu écarter la possibilité, pour les maîtres de traitements, d'opposer le secret des affaires ? Dans un premier temps, l'on serait tenté de répondre par l'affirmative. En effet, alors même qu'il aurait songé expressément à protéger les droits d'auteur, ce même législateur aurait, en revanche, omis d'assurer une pareille protection au secret des affaires ? Cela semble pour le moins quelque peu surprenant. A ce titre, il est permis d'émettre l'opinion selon laquelle l'oubli est volontaire, et que par celui-ci le législateur français a voulu exclure le secret des affaires des motifs pouvant justifier la rétenion. Mais, dans un second temps, il est tout autant difficile de considérer, en droit, que par son silence il ait manifesté sa volonté d'exclusion du motif ¹³⁶⁷. En effet, s'il avait voulu ce résultat, nous pensons qu'il l'aurait explicitement consacré. Nous considérerons donc que l'invocation du secret des affaires fait partie des moyens dont disposent les établissements de crédit pour faire échec au droit à la connaissance et à la contestation des logiques à la base des traitements scores ou experts. Reste à savoir en quoi cette exception concerne-t-elle ou peut-elle concerner le sujet qui nous préoccupe, c'est-à-dire les méthodes modernes d'évaluation de la dignité de crédit. Dans cette optique, il n'est pas inintéressant de faire état de l'expérience du Commissaire à la protection de la vie privée ¹³⁶⁸ du Canada qui a eu précisément à connaître d'un cas mettant en conflit droit d'accès et protection du secret des affaires.

619. La situation visée. Dans cette affaire, quels étaient exactement les faits ? Une personne, qui s'était vue refuser l'octroi d'un crédit, avait demandé, comme l'y autorisait la loi ¹³⁶⁹, à ce que lui soit communiqué la notation produite par le système score. Or, l'établissement de crédit en question a purement et simplement refusé de faire droit à la demande au motif principal qu'une telle communication révélerait des renseignements commerciaux confidentiels. Notons toutefois qu'à la différence de notre loi informatique et libertés, la loi canadienne consacre expressément l'opposabilité du secret des affaires ¹³⁷⁰. En effet, d'après l'article 9 (3) de cette loi, « Malgré la note afférente à l'article 4.9 de l'annexe 1, l'organisation n'est pas tenue de communiquer à l'intéressé des renseignements personnels dans les cas suivants seulement : [...] b) la communication révélerait des renseignements commerciaux confidentiels... ».

¹³⁶⁷ Ainsi, au même titre qu'en droit des contrats le silence ne vaut pas acceptation, l'on peut considérer que ce que la loi n'a pas exclu expressément, l'exception du secret des affaires, peut être admis comme motif de rétenion des informations.

¹³⁶⁸ Organe équivalent à la CNIL.

¹³⁶⁹ Article 5 (1) de loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques renvoyant à son annexe 1, dont l'article 4.9 prévoit qu' « Une organisation doit informer toute personne qui en fait la demande de l'existence de renseignements qui la concernent... et de lui permettre de les consulter ... ».

¹³⁷⁰ Elle autorise effectivement les établissements de crédit à ne pas communiquer leur notation lorsqu'ils ont utilisé un outil de notation qui est commercialement délicat et qu'ils ne veulent pas rendre disponible les facteurs de notation et la pondération.

620. La problématique soulevée. Or, selon le Commissaire l'existence de ce cas d'exonération expresse, loin de le dispenser de vérifier le bien-fondé du refus l'obligeait, au contraire, à s'interroger sur la réalité de l'exception invoquée. Le lecteur aura pu s'apercevoir que l'objet du litige n'était pas l'accès direct aux logiques à la base de la notation, la loi canadienne étant plus restrictive que la loi française puisqu'elle n'autorise pas une communication aussi large, mais l'accès indirect à ces logiques que permettrait la communication de la notation. Ainsi, à reprendre la démarche du Commissaire, « Il s'agit de déterminer si une telle notation constitue la porte d'entrée à des renseignements commerciaux confidentiels, en d'autres mots si la divulgation de telles notations révélera des renseignements commerciaux confidentiels ».

621. Démarche. Au regard de la problématique ici soulevée par le Commissaire du Canada, et compte tenu de la spécificité française, l'on pourra remarquer qu'il peut exister deux voies d'atteinte aux intérêts économiques et commerciaux des établissements de crédit. La première découle directement du droit d'accès reconnu par notre article 3, et dont nous avons vu qu'il permettait un accès à l'ensemble des informations et des raisonnements formant le cœur des méthodes scores. La seconde, elle, pourrait découler, non plus d'un accès direct aux informations et aux raisonnements informatiques, mais plus insidieusement du droit d'accès aux informations nominatives, dont font partie les informations-résultats, reconnu à la fois par l'article 3¹³⁷¹ et, plus sûrement encore, par l'article 34¹³⁷². Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il nous semble alors opportun d'envisager successivement la question de la légitimité d'une protection du secret des affaires dans l'hypothèse d'un accès direct aux informations et aux raisonnements scores (I), ainsi que celle relative à la légitimité d'une protection en cas d'accès indirect à ce qui fait la substance des systèmes scores (II).

I La légitimité d'une protection au regard du secret des affaires en cas d'accès direct ou l'aptitude des systèmes scores à intégrer la notion de secret des affaires.

622. Démarche. La problématique de départ est ici de savoir si les raisonnements scores peuvent être protégés par le secret des affaires. Or, la réponse à cette question découlera logiquement de la réponse à donner à une autre question : ces raisonnements font-ils parties des renseignements confidentiels protégeables dont parlait le Commissaire du Canada ? Or, sur ce point, et après s'être informé auprès d'une multitude de professionnels¹³⁷³, le Commissaire à la protection de la vie privée est arrivé à la conclusion, qu'en fait, aucun d'entre eux n'avait d'avis quant à savoir si les renseignements en question devaient être considérés comme des renseignements commerciaux confidentiels, ni même n'avait étudié la question, ce qui ne fait que souligner

¹³⁷¹ *Supra* n° 446 et suivants.

¹³⁷² *Ibidem*.

¹³⁷³ Bureau du surintendant des institutions financières, la nouvelle agence de la consommation en matière financière et le Bureau de la concurrence.

l'atypisme de la démarche, mais également, et surtout, son intérêt. Autrement dit, peut-on admettre que les informations à la base des systèmes experts ou scores fassent partie du domaine du secret des affaires ? Car, si tel était le cas, l'on trouverait là un relais efficace à la protection assurée par les droits d'auteur, et dont nous avons pu voir les limites s'agissant de ces techniques modernes, notamment quant à l'exigence d'originalité. Et d'ailleurs, plus qu'un simple relais, l'admission du secret des affaires pourrait bien constituer la seule parade pleinement efficace contre des divulgations d'informations directement préjudiciables aux intérêts économiques des établissements de crédit. Cependant, l'on perçoit parfaitement, à ce stade de l'analyse, qu'il ne nous sera possible de répondre à la problématique ainsi posée qu'après s'être interrogé sur le contenu de la notion du secret des affaires (S/s I). En effet, afin de savoir si les informations à la base de ces systèmes sont visées par le secret des affaires, il paraît évident qu'il faille, au préalable, connaître les contours exacts de la notion. Cette étude démontrera alors très rapidement que telle qu'exprimée, la notion ne peut suffire à qualifier précisément ce que sont les raisonnements scores, et par conséquent de permettre de dire si ces derniers peuvent être intégrés dans ce concept et être protégés à ce titre. C'est pourquoi, dans une seconde démarche, nous nous attacherons à préciser la qualification juridique exacte à apporter aux techniques de *scoring* (S/s II).

S/s I Des difficultés à cerner la notion de secret des affaires.

623. Une notion essentielle au monde des affaires mais non consacrée. *A priori*, lorsque l'on aborde la notion de secret des affaires, ce qui peut heurter l'esprit c'est que l'on touche là un concept qui n'est ni défini strictement ni même consacré, expressément et de façon générale, par la loi ¹³⁷⁴. Pourtant, nul ne peut nier le fait que dans le monde des affaires il occupe une place de premier ordre. Il semble aujourd'hui que l'on soit loin du « réflexe de protection d'une bourgeoisie d'affaires, jalouse de ses prérogatives » ¹³⁷⁵. Le fondement d'un tel secret relève plus sûrement d'une « attitude purement pragmatique dictée par le bon sens qui amène (l'entrepreneur français) à préserver les informations valorisant son entreprise en les gardant secrètes » ¹³⁷⁶. Le réflexe n'est plus futile, il est devenu vital pour l'entreprise. Le secret sur les méthodes de fabrication, sur la situation et la stratégie économique et commerciale, sur l'organisation interne de l'entreprise, sur la liste des clients, des fournisseurs, sur la situation financière... permet à l'entreprise de se maintenir à bon niveau de compétitivité, de « soutenir la concurrence » pour reprendre l'expression de Marcel CREMIEUX ¹³⁷⁷. En effet, entre les mains d'un concurrent de

¹³⁷⁴ En ce sens, voir Roger SAINT-ALARY, « Le secret des affaires en droit français », rapport français fait à l'occasion des journées libanaises, travaux de l'association Henri Capitant, tome XXV, « Le secret et le droit », Paris, 1979, page 266. Voir aussi Marcel CREMIEUX, « Le secret des affaires », in ouvrage « L'information en droit privé », Paris, 1978, page 457.

¹³⁷⁵ Marcel CREMIEUX, précité, n° 2, page 458.

¹³⁷⁶ Didier PORACCHIA, « La protection juridique des secrets de l'entreprise », Revue Droit et Patrimoine, n° 85, septembre 2000, page 20, 3e colonne.

¹³⁷⁷ Précité, n° 1, page 457.

telles informations offriraient à ce dernier l'opportunité de mettre à jour la santé économique et financière de l'entreprise, ses stratégies d'affaires, ses procédés de fabrication, son savoir-faire... En somme, elles permettraient de peser les forces et faiblesses de l'entreprise et d'adapter son activité pour prendre un avantage concurrentiel qui deviendrait rapidement préjudiciable à l'entreprise qui n'aurait pas su garder par-devers elle ce qui finalement lui assure sa survie économique. Ainsi, comme l'a souligné le Professeur Didier Porrachia, reprenant l'idée de Sun Tzu, l'important n'est-il pas de connaître son ennemi ?¹³⁷⁸ Quelques siècles plus tard, l'espionnage économique¹³⁷⁹ ne fait que confirmer la pertinence de ces propos et l'importance du secret dans le monde des affaires¹³⁸⁰. Et pourtant, si précieux soit-il pour l'entreprise, il n'a reçu ni consécration légale générale et absolue (A) ni définition précise (B).

A Une consécration légale imparfaite.

624. Plan. C'est bien d'une consécration légale imparfaite dont il faut parler tant il est vrai que, ponctuellement, le secret des affaires trouve des consécrations législatives (2°). L'on pourrait alors se demander comment une notion aussi importante dans la vie des affaires a pu se voir oublier à ce point par le législateur. En fait, cette position du Droit s'explique aisément (1°).

1° Les motifs de cette absence de consécration générale.

625. Une notion assimilée à un droit de la personnalité. Ainsi, l'absence de consécration légale peut s'expliquer par le fait que le secret des affaires existe par lui-même, et cela sans qu'il soit besoin d'établir par une formule juridique son existence. De l'opinion de certains auteurs, « Ce droit est en réalité un aspect de la liberté de l'individu ou, si l'on préfère, un droit de la personnalité »¹³⁸¹. De là, chacun serait en droit d'user de cette liberté. D'ailleurs, à s'en référer aux débats parlementaires de la loi informatique et libertés, le Garde des Sceaux de l'époque ne pensait pas autrement en disant que « Le droit au secret est un des droits essentiels de notre société libre. Il est la condition d'existence d'une liberté individuelle »¹³⁸². Cependant, l'on peut s'interroger sur

¹³⁷⁸ Précité, page 21, 1e colonne *in limine*.

¹³⁷⁹ Parfois même avec l'appui des États. Les États-Unis ne procéderaient-ils pas de la sorte envers les entreprises européennes grâce à leur centre d'information situé en Irlande ?

¹³⁸⁰ D'ailleurs, selon le Professeur Roger SAINT-ALARY, précité, page 264, « Le secret des affaires est donc, quoiqu'on puisse en penser, plus qu'un réflexe psychologique ; il a aussi un fondement économique ».

¹³⁸¹ Roger SAINT-ALARY, précité, page 266. Dans le même sens, Christian GAVALDA, « Le secret des affaires », mélanges Savatier, Paris, 1965, page 316, pour qui, « Si conforme aux mœurs bourgeoises : le secret des affaires participe du secret des familles et le prolonge ». De même, Samy CHAMAS, rapport général, travaux de l'association Henri Capitant, précité, page 182, selon lequel, « Sur le plan juridique et moral, le secret des affaires trouve son fondement dans la nécessité d'assurer le respect de l'intimité de la personne humaine ».

¹³⁸² Propos d'Alain PEYREFITTE, JO débats, Assemblée nationale, séance du 4 octobre 1977, page 5787.

l'opportunité actuelle de rattacher le secret des affaires aux droits de la personnalité.

626. Une assimilation à rejeter. En effet, outre le fait que ces dernières paroles du Garde des Sceaux ont été prononcées au sujet d'une loi qui ne vise que les personnes physiques, le rattachement était assis sur l'idée que le secret des affaires permettait la protection de la vie privée des hommes d'affaires¹³⁸³. En cela, il pouvait être assimilé à un droit de la personnalité. Reste que, de l'avis d'autres auteurs, « Cette assimilation du secret des affaires au secret de la vie privée paraît excessive »¹³⁸⁴. En effet, si l'assimilation était acceptable à une époque où le fondement du secret des affaires était la protection des intérêts, « d'une bourgeoisie, jalouse de ses prérogatives », aujourd'hui il ne fait guère de doute, selon nous, qu'informations relatives à la personne du dirigeant et susceptibles, en tant que telles, de faire partie de sa vie privée, et informations relatives à l'activité de l'entreprise, seules visées par le secret des affaires, soient parfaitement séparables. L'opinion inverse ne serait admissible qu'à condition d'adhérer à la conception, au demeurant difficilement admissible, selon laquelle les personnes morales sont susceptibles d'avoir une vie privée¹³⁸⁵. Dans le contexte actuel, nous avons vu que par son attitude de rétention de l'information, ce que cherchait à protéger avant toutes choses l'entrepreneur ou le dirigeant, c'était l'intérêt direct de l'entreprise, de son patrimoine (entendu largement), et non pas ses intérêts propres. Le secret des affaires n'est donc pas, selon nous, l'objet d'un droit de la personnalité, mais d'un droit patrimonial.

627. Une notion existant par nature. Mais, quoi qu'il en soit, et au-delà du débat théorique, il nous semble que, par principe, toute entreprise devrait pouvoir invoquer le secret des affaires pour protéger ses intérêts économiques, commerciaux... Et cela sans qu'il soit nécessaire de faire appel à un quelconque texte qui viendrait entériner cette attitude de rétention. En cela, nous pourrions dire qu'effectivement le secret gardé par l'entreprise sur ses affaires relève d'une liberté de même nature que celle qui permet à toute personne de ne pas contracter avec un tiers, d'exprimer son opinion ou de la retenir par-devers elle¹³⁸⁶. A quoi servirait-il alors de promulguer un texte sur quelque chose qui existe par nature ?

2° Une consécration légale indirecte ou ponctuelle.

628. Etat de la question. D'ailleurs, à étudier de près certains pans de notre

¹³⁸³ Le secret des affaires serait, selon le Professeur PACLOT, le pendant pour les personnes morales du secret de la vie privée, cité par Mikaël BENILLOUCHE, Revue de Sciences Criminelles, janvier et mars 2001, page 233.

¹³⁸⁴ Marcel CREMIEUX, précité, n° 3. Voir aussi Bernard BEIGNIER, « L'honneur et le droit », thèse, Paris, LGDJ, 1997, page 96 et suivantes. L'auteur classe le secret selon qu'il a un rapport avec la protection de la personnalité ou au contraire sans lien avec celle-ci. Or, il range très clairement, « parmi les secrets qui n'ont qu'un lien tenu avec la personnalité... le secret des affaires ».

¹³⁸⁵ Sur l'état de la question nous renvoyons le lecteur à nos développements précédents, *supra* n° 171 et suivants.

¹³⁸⁶ « ... il faut donc conclure que le secret des affaires est tellement fondamental et inhérent à l'homme, que le législateur le prend pour acquis », Jeffrey ALAN TALPIS, rapport sur le secret des affaires en droit canadien, travaux de l'association Henri Capitant, précité, page 232.

législation, il paraît inexact de dire que le secret des affaires n'est pas consacré légalement. Il serait préférable, pour être plus précis, de dire qu'il n'est pas consacré par une formule de principe générale, qu'il n'est pas, pour reprendre les mots de Marcel CREMIEUX¹³⁸⁷, « institutionnalisé par notre droit ». En revanche, ponctuellement, le législateur en décidant soit de protéger expressément les secrets d'affaires, soit même d'y porter délibérément atteinte, consacre indirectement, mais explicitement, la notion.

629. Consécration ponctuelle de la notion. Ainsi, n'est-il pas vrai qu'en matière de contentieux du droit de la concurrence, il est permis au président du Conseil de la concurrence de « refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires » ?¹³⁸⁸ De même qu'il est prévu que la communication des documents administratifs ne doit pas porter atteinte à ce même secret¹³⁸⁹. C'est bien là une reconnaissance expresse de la notion de secret des affaires par la loi. Il serait donc faux de dire que notre législation ne consacre pas ce dernier. Plus révélateur encore, le législateur oblige, parfois, les entreprises à communiquer certains faits entrant traditionnellement dans le champ de la notion. Ainsi, pour ne citer que cet exemple, nous savons que par les dispositions relatives à la publicité légale, le législateur oblige certaines entreprises à dévoiler leurs résultats, leurs comptes...¹³⁹⁰ Or, le fait même qu'il faille une intervention du législateur pour contraindre la communication de ces informations, ne consacre-t-il pas, indirectement, la notion ? Et au-delà, n'est-ce pas là reconnaître que le principe demeure le secret et l'exception la communication, l'information des tiers ? Certains auteurs n'ont pas hésité à l'affirmer, et nous nous rangeons à leur opinion, en disant que la preuve de l'existence de la protection législative du secret « réside dans l'existence de textes législatifs qui obligent les hommes d'affaires à divulguer certaines informations. Cette intervention du législateur présuppose l'existence du secret : le secret existe, il est inhérent aux affaires. Il n'est donc pas besoin de l'encadrer législativement »¹³⁹¹. En revanche, est-il possible d'admettre les mêmes circonstances justificatives à l'absence de consécration légale, mais, cette fois-ci, s'agissant de l'absence de définition juridique précise ?

¹³⁸⁷ Précité, page 457, n° 1.

¹³⁸⁸ Article L. 463 – 4 du Code monétaire et financier. Pour une étude plus approfondie de la question, voir *infra* n° 707 et suivants.

¹³⁸⁹ Article 6 de la loi du 17 juillet 1978 d'après lequel les administrations peuvent refuser de laisser consulter ou communiquer un document administratif dont la consultation ou la communication porterait entre autres atteinte au secret en matière commerciale et industrielle.

¹³⁹⁰ Voir, sur les atteintes d'origine légale au secret des affaires, notamment, Marcel CREMIEUX, précité, page 463 et suivantes ; Roger SAINT-ALARY, précité, page 276 et suivantes.

¹³⁹¹ Jeffrey ALAN TALPIS, rapport sur le secret des affaires en droit canadien, précité, page 232. Dans le sens d'une existence du secret par principe, voir Didier PORACCHIA, précité, page 20, 2e colonne *in fine*, « (...) le principe reste et doit rester le droit de conserver secret les éléments de l'entreprise qui, s'ils étaient révélés, lui causeraient un préjudice ». A nous d'ajouter qu'il s'agit toutefois d'un principe qui doit être légitimé par les intérêts que son expression entend protéger.

B. Absence de définition précise du concept.

630. Démarche. Cette absence n'est sans doute pas tout à fait étrangère à la lacune observée au niveau des textes. Cependant, comme dans ce dernier cas, certaines justifications peuvent être avancées et qui tiennent, pour l'essentiel, à la nature même de ce que la notion entend protéger (1°). Toutefois, passé ce constat, il n'est pas interdit d'apporter ici notre modeste contribution à l'édifice juridique et ce, par une tentative d'identification de ce que peut être un secret d'affaires. Notre démarche prendra ensuite comme terrain d'essai la technique du crédit-scoring (2°).

1° Justifications.

631. Plan. Il est clair, selon nous, que l'absence de définition précise trouve quelques justifications fort pertinentes. Cet état de fait est, nous semble-t-il, pour large partie dû au caractère composite et évolutif de la notion.

632. Une notion à géométrie variable. En effet, celle-ci est susceptible de couvrir des informations aussi nombreuses que variées, et dont le caractère secret peut évoluer sous l'influence de paramètres extérieurs¹³⁹², et de temps¹³⁹³. A reprendre les paroles d'un auteur, « Loin d'être statique le secret des affaires est une notion à géométrie variable »¹³⁹⁴. Il a même pu être dit que « Le secret des affaires est avant tout une notion éminemment subjective »¹³⁹⁵. Ainsi, entrerait dans le secret des affaires ce qui serait considéré par son détenteur comme tel. C'est là, selon nous, adopter une vision quelque peu excessive de la notion.

633. Une notion néanmoins objective. En effet, ce qui fait la nature secrète d'une information c'est bien l'intérêt que prendra celle-ci pour le concurrent, bien plus que le désir de l'entreprise de la considérer comme telle en dehors de tout contexte économique. Bien souvent, et heureusement d'ailleurs, il y aura concordance entre les deux critères. Cependant, il nous semble qu'intrinsèquement la notion de secret des affaires à un caractère éminemment objectif, certes variable, mais objectif : l'intérêt¹³⁹⁶ économique, stratégique, commercial... de garder secrète l'information et ce, indépendamment de considérations de nature subjective de la part de son détenteur. Cette conception semble d'ailleurs mieux en accord avec les quelques définitions qui ont pu être apportées par la

¹³⁹² Ainsi, certains secrets gardés sur des techniques de fabrication ou de commercialisation peuvent perdre ce caractère du fait d'une évolution technologique qui ferait perdre tout intérêt à ces techniques.

¹³⁹³ Ainsi, des techniques de gestion ou d'organisation du travail qui pouvaient paraître révolutionnaire à une époque, auront beaucoup moins d'intérêt quelques années plus tard dans la mesure où elles sont pratiquées par les concurrents et même enseignées.

¹³⁹⁴ Corinne VANDENBUSSCHE, « Secret des affaires et informatique », thèse, Paris I, 1990, précité, n° 384, page 375.

¹³⁹⁵ *Ibidem*, pages 31 et 375.

¹³⁹⁶ Cet intérêt devant être apprécié par référence à des dirigeants normalement diligents et compétents. Dans ce contexte, il est fort à parier que, quel que soit le dirigeant, la même information sera qualifiée de secrète.

doctrine.

634. Nécessité de préservation d'un intérêt économique. Et au premier chef celle posée par Marcel CREMIEUX pour qui, « A défaut de définition précise, un critère suffisamment objectif peut être trouvé dans l'intérêt légitime de l'entreprise à tenir caché tel ou tel élément de son activité commerciale »¹³⁹⁷. Cet intérêt légitime devant être trouvé, selon certains, dans la nécessaire protection de la capacité concurrentielle de l'entreprise. Dans cette optique il a pu être dit que le secret des affaires consistait en « Tout fait dont la divulgation serait de nature à causer un préjudice à la personne qu'il concerne, notamment en ce qu'elle porterait atteinte à sa capacité de concurrence »¹³⁹⁸. Ou encore que « Le secret des affaires devrait être défini comme étant le droit... d'un homme d'affaires, de ne pas être obligé de communiquer au grand public en général soit à un groupe particulier d'individus des informations qui pourraient affecter ou réduire ses avantages à l'égard de la concurrence »¹³⁹⁹. Le critère permettant d'identifier ce qu'est un secret d'affaires, paraît donc bien devoir être trouvé dans l'atteinte, le préjudice au potentiel concurrentiel de l'entreprise qui pourrait résulter de sa révélation. Or, envisagé ainsi l'on perçoit bien l'immensité de son champ d'application *ratione materiae*.

2° Confrontation aux techniques scores.

635. Notion de secret des affaires et modes informatiques d'évaluation de la dignité. A ce titre, il n'y aurait rien de surprenant à appréhender les techniques de crédit-scoring ou même les systèmes experts, voire les informations-résultats qu'elles produisent comme une matière susceptible de protection au regard du secret des affaires. Néanmoins, dans le cadre des dispositions de la loi informatique et libertés, il doit pouvoir être vérifié concrètement qu'une atteinte à ce secret peut être réalisée par l'accès aux logiques des systèmes ou à leur résultat. Car, à défaut de contrôle possible, il serait aisé à n'importe quel établissement de crédit de s'appuyer sur le secret pour refuser systématiquement la communication des informations à la base des systèmes au demandeur de crédit refoulé. Sans compter que ce serait là également opter pour une vision subjective du contenu de la notion de secret des affaires, vision que nous avons précisément rejetée. Dans un tel schéma, les établissements de crédit seraient à la fois juge et partie. Or, dans un système juridique qui se veut équitable, il ne peut en être ainsi. L'analyse de ce qu'est un secret d'affaires ou, autrement dit, de ce qui peut en faire partie, suppose donc que soit fait référence à un certain nombre de critères objectifs. Mais, en l'absence de définition précise, il devient relativement difficile de savoir si les techniques que nous étudions font partie des renseignements confidentiels protégeables au titre du secret des affaires. Le seul critère de l'atteinte à la capacité concurrentielle nous paraît insuffisant, du moins trop imprécis à défaut de caractériser cette atteinte. Ce qui suppose de faire appel à d'autres critères.

¹³⁹⁷ Précité, n° 11, page 432.

¹³⁹⁸ Félix WELTER, rapport sur le secret des affaires en droit luxembourgeois, travaux de l'association Henri Capitant, précité, page 319. Dans le même sens, Roger SAINT-ALARY, précité, page 264.

¹³⁹⁹ Jeffrey ALAN TALPIS, précité, page 231.

S/s II De la nécessité de rechercher un concept adapté aux techniques de scoring.

636. Une certaine confusion quant à la qualification exacte de ces méthodes. Il est vrai que la qualification employée pour désigner le domaine auquel appartiennent ces méthodes ¹⁴⁰⁰ n'est pas toujours identique suivant les intéressés qui s'expriment sur le sujet. Ainsi, certains parlent volontiers de « secret industriel absolu » ¹⁴⁰¹ ou de « secret de fabrication » ¹⁴⁰². D'autres désignent ces techniques sous l'appellation « savoir-faire » ¹⁴⁰³. Et ceux qui emploient les termes génériques de « secret des affaires » ¹⁴⁰⁴ ou même « d'intérêt économique ou commercial », ne visent, en fait, pas autre chose qu'un savoir-faire ou un secret de fabrication.

637. La nécessité de définir les notions en présence. Aussi, face à la diversité des concepts employés par les professionnels pour qualifier ces techniques (secret industriel, secret de fabrication, savoir-faire) il paraît nécessaire, au préalable, d'éclairer notre esprit quant à la signification exacte de ces différentes notions. Ceci dans le but évident d'aboutir, dans un premier temps, à un classement des techniques score dans l'une de celles-ci pour, dans un second temps, faire application des bons critères. Ce qui au final permettra de répondre de façon quasi certaine à la question de départ, à savoir s'il est légitime pour un établissement de crédit d'opposer le secret des affaires au demandeur de crédit afin de refuser l'accès aux logiques à la base du score ou du système expert, voire, plus radicalement, aux résultats qui en sont issus. Or, comme nous venons de le dire, il nous semble que le secret des affaires est une notion suffisamment large pour englober des notions plus restrictives telles que secret de fabrication ou industriel et le

¹⁴⁰⁰ Du moins ce qui en fait la spécificité.

¹⁴⁰¹ Bernard DROT, directeur du CETELEM, propos recueillis à l'occasion du colloque de Dijon du 19 mai 2000, précité, « Bien évidemment, nous dit-il, sur les fondements techniques nous resterons très discrets, ceci relevant du secret industriel absolu : les scores constituent l'un des éléments clé de la maîtrise du risque donc de la bonne santé du compte d'exploitation d'un établissement de crédit et de sa capacité concurrentielle ».

¹⁴⁰² « Pour les autres types de clientèle, chaque banque a généralement un système de notation qui lui est propre mais dont elle conserve jalousement le secret de fabrication », Frédéric DUMAS, « Ratios de solvabilité : une incitation à accroître le risque de crédit ? », Revue Banque, n° 576, 12/96, page 31, 1^e colonne.

¹⁴⁰³ « Il (le score) est d'ailleurs considéré par la profession et en particulier les sociétés financières comme un savoir-faire et jalousement protégé », Jean-François GOUX, « Le système dual de distribution des crédits aux particuliers », Revue Banque Stratégie, n° 106, juin 1994, page 10, 3^e colonne. Dans le même sens, voir Laurent CARON, « Le Conseil d'Etat censure la CNIL sur la nationalité », Revue Expertises, janvier 2002, page 25, pour qui, « chaque établissement de crédit développe ainsi son propre savoir-faire dans ce domaine (crédit-scoring), à partir notamment de sa connaissance du marché et des risques qu'il est en mesure de prendre ».

¹⁴⁰⁴ « Les droits d'accès et de rectification doivent pouvoir s'exercer sans que les établissements puissent opposer le secret des affaires et l'intérêt économique ou commercial », Délibération de la CNIL du 6 avril 1993, précité, en réponse à l'objection tirée de ce même secret par les établissements de crédit.

savoir-faire. Mais, il est vrai qu'à cet égard un certain flou demeure. De même, qu'il n'est pas toujours évident, selon les écrits, de dissocier nettement secret de fabrication et savoir-faire. Ainsi, si pour la majorité des auteurs le concept de secret des affaires absorbe ceux de secret de fabrique et de savoir-faire¹⁴⁰⁵, certains propos laissent perplexes sur l'opportunité d'une telle affirmation¹⁴⁰⁶. Ainsi, selon Alain GALLOCHAT¹⁴⁰⁷, « Toutes informations de quelque ordre qu'elles soient, peuvent parfaitement figurer dans ce concept de savoir-faire ». Avec une notion de savoir-faire envisagée de la sorte, il devient logiquement plus difficile de soutenir que le secret des affaires englobe celle-ci. Il est cependant vrai que l'auteur s'appuyait, pour parvenir à ce constat, sur une définition large de la notion de savoir-faire¹⁴⁰⁸ sur laquelle nous reviendrons (B). *A priori* donc, il n'est pas toujours simple de dire quelle notion intègre l'autre. Ce qui rend plus impérieuse encore la nécessité de définir précisément ce qu'elles désignent à commencer par celle qui nous paraît être la plus restrictive (A).

A La notion de secret de fabrication : une notion inadaptée.

638. L'assimilation des raisonnements scores à un secret de fabrique. Le Commissaire canadien avait pris le parti de considérer, en l'absence de définition spécifique ou de conseils pratiques d'experts bancaires indépendants, qu'il était peut-être plus utile d'appréhender par analogie un « renseignement commercial confidentiel à des secrets de fabrication et de considérer les facteurs communément utilisés par les tribunaux dans la détermination de ce que constitue un secret de fabrication ».

639. Une assimilation abusive. Selon nous, il n'est pas faux d'assimiler un secret de fabrication à un renseignement commercial confidentiel, sinon force serait d'admettre qu'il ne s'agirait plus là d'un secret de fabrication. Les termes parlent d'eux-mêmes. En revanche, il nous paraît beaucoup plus délicat de considérer de façon générale qu'un renseignement commercial confidentiel est un secret de fabrication. Si l'on veut bien

¹⁴⁰⁵ Voir Marcel CREMIEUX, précité, n° 1, selon lequel, « Seul le secret de fabrique fait l'objet d'une protection particulière [...]. Or, le domaine du secret des affaires est beaucoup plus vaste » ; Bernard BEIGNIER, précité, pages 96 et 97 ; Corinne VANDENBUSSCHE, précité, notamment page 383 et suivants, et page 31 ; Roger SAINT-ALARY, précité, pages 263 et 264 ; Marie MALAURIE - VIGNAL, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », Dalloz, 1997, chronique, n° 2 ; Georges-J. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, avril - juin 1988, n° 4, page 183.

¹⁴⁰⁶ Pour une distinction timide entre secret des affaires et secret de fabrique, voir Jean-Denis BREDIN, « Remarques sur la transparence », à l'occasion du colloque de Deauville sur la transparence du 19 et 20 juin 1993, n°4, page 176. Sans doute distinction due à un manque de rigueur dans l'expression plutôt qu'à une opinion réellement fondée. Dans le même sens, Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « Savoir-faire », Répertoire Commercial Dalloz, septembre 2001, n° 2, qui semble envisager différemment secret de fabrique et secret des affaires. Cependant, l'auteur n'hésite pas à affirmer au n°7 de l'étude qu'« il convient aujourd'hui de considérer le statut juridique des secrets d'affaires...plutôt que le savoir-faire au sens strict ».

¹⁴⁰⁷ « L'industrie face au secret », in ouvrage, « La propriété industrielle et le secret », publié à l'occasion de la journée d'études organisée à la faculté de Lyon le 4 avril 1995, Litec, 1996, page 51.

¹⁴⁰⁸ Mais, qu'il considère comme toujours actuelle, *Ibidem*.

accepter un instant que la notion de secret des affaires s'apparente à celle de renseignement commercial confidentiel, il apparaît davantage que cette dernière notion englobe le secret de fabrication, concept plus précis et plus restrictif¹⁴⁰⁹. Une telle assimilation reste donc, selon nous, abusive. La notion de secret de fabrication demeure à notre sens, dans le cas du *scoring* et des systèmes experts, beaucoup trop restrictive pour pouvoir prétendre protéger les informations et les raisonnements qui en forment la substructure (2°). Aussi, afin d'établir cette inadaptation du concept aux techniques ici étudiées, il semble nécessaire de passer par une première phase visant à déterminer la matière objet de ce secret (1°).

1° Définition et objet du secret de fabrication.

640. Consécration légale. Le secret de fabrication, à la différence du savoir-faire ou du secret d'affaires, se trouve légalement consacré par le législateur français. En effet, l'article L. 621 - 1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁴¹⁰ permet de sanctionner le fait pour, « Tout directeur ou salarié d'une entreprise... de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique ». En revanche, nulle disposition ne propose une définition de ce qu'est un secret de fabrique. Comme toujours dans ces cas-là, c'est la doctrine et la jurisprudence qui sont venues éclairer la matière.

641. Définition générale du secret de fabrique. Ainsi, le Doyen ROUBIER avait isolé la notion comme un moyen de fabrication ayant un caractère industriel et secret¹⁴¹¹. L'étude de la jurisprudence confirme cette orientation en la précisant toutefois quelque peu. Ainsi, selon la Cour d'appel de Limoges, le secret de fabrication doit être compris comme « Tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique et commercial mis en oeuvre par un industriel et tenu caché par lui à ses concurrents qui, avant la communication qui leur a été faite, ne le connaissaient pas »¹⁴¹². De cette définition ont pu ainsi être isolés un certain nombre de critères permettant d'identifier les techniques à l'origine d'un secret de fabrique.

642. Critères à retenir : caractère original et secret. Au premier chef, le procédé de fabrication doit comporter une certaine originalité. Cela signifie que par rapport à l'état de la technique appréhendée au sens du droit des brevets, le procédé doit présenter un intérêt pratique ou commercial. Faute de quoi il n'y aurait aucune raison d'assurer sa protection. En second lieu, il est évident que la technique de fabrication doit avoir un caractère secret, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être connue des autres industriels et doit être tenue cachée des concurrents¹⁴¹³. Cependant, signalons que la jurisprudence

¹⁴⁰⁹ En ce sens, Bernard BEIGNIER, précité, pages 96 et 97, qui donne comme exemple du secret des affaires, notamment, le secret de fabrique et le contrat de savoir-faire.

¹⁴¹⁰ Par renvoi aux dispositions de l'article L. 152 - 7 du Code du travail.

¹⁴¹¹ Paul ROUBIER, « Le droit de la propriété industrielle », Tome 2, Sirey, 1954, n° 210.

¹⁴¹² Limoges, 1er juillet 1981, Annales de la Propriété Industrielle, 1981, page 332. Confirmé par cassation criminelle, 15 avril 1982, P.I.B.D., 1982, III, page 207. Dans le même sens déjà, cassation criminelle, 29 mars 1935, Gazette du Palais, 1935, 1, page 98 ; cassation criminelle, 29 juin 1960, Bulletin criminel, page 350.

n'exige pas un secret absolu. C'est-à-dire que la technique peut très bien déjà exister, être antériorisée, pour être plus précis, mais qu'en revanche elle ne doit pas être entrée dans le domaine public. En somme, il faut considérer que le procédé ne soit, en fait, « connu que d'un ou de fort peu d'industriels »¹⁴¹⁴. L'exigence du secret suppose donc que l'industriel accomplisse des actes permettant de tenir cachée la technique par rapport aux concurrents. A ce titre, la Cour de cassation a pu indiquer qu'« Un procédé est conservé secret, dès lors que son détenteur a affirmé sa volonté de le cacher, a stipulé le secret dans le contrat de travail, a organisé le filtrage des visiteurs et a compartimenté le travail de telle façon qu'aucun ouvrier n'ait la connaissance totale du procédé »¹⁴¹⁵. En conclusion, il nous est possible de poser comme constat qu'une technique ou un procédé qui répondrait aux critères ici énoncés devrait être qualifié de secret de fabrication. Les techniques à la base du crédit-scoring et des systèmes experts pourraient-elles être ainsi identifiées comme telles ?

2° Application du concept à la technique des scores.

643. Constat : l'inadéquation de la notion de secret de fabrique aux techniques de scores. A dire vrai, il nous semble particulièrement délicat d'assimiler les logiques qui sous-tendent ces traitements à des secrets de fabrique. Cela est révélé pour les programmes, algorithmes notamment, qui constituent le socle, le tronc commun à tous les modèles de scores ou à tous les systèmes experts. Mais, ce qui fait réellement qu'un score ou un système expert est unique et original, ce n'est pas tant ce qui est connu de tous les établissements de crédit, mais bien plutôt le discernement, l'habileté à identifier les bons et les mauvais critères de la dignité de crédit, à les corrélés entre eux... Or, ces qualités relèvent d'un réel travail empirique. L'expérience du passé, l'étude des faits, des dossiers de crédit, de leur bonne ou mauvaise sortie, ainsi que des causes à l'origine du non-remboursement ou du remboursement, permettent de construire le score ou le système expert. Finalement, c'est sur cette base que chaque établissement de crédit construit son avantage concurrentiel et affirme sa spécificité. Cette dernière étant au surplus cristallisée par le fait que les modèles de notation sont corrigés par la prise en considération de facteurs tels que la politique interne de chaque établissement de crédit, la stratégie d'affaires, ainsi que les objectifs de production et de rentabilité.

644. La raison : l'absence de caractère industriel de ces techniques. Or, à en croire la doctrine et la jurisprudence dominante, le secret de fabrique porte sur des procédés de fabrication et des caractéristiques techniques ayant pour objet la fabrication¹⁴¹⁶. Plus explicitement encore un auteur a pu dire que « L'exigence du moyen industriel de fabrication implique que l'objet du secret de fabrication doit présenter un caractère défini qualitativement et quantitativement : le secret ne peut consister en une pratique empirique faite d'habileté et d'expérience »¹⁴¹⁷. Or, force nous est d'admettre que cette

¹⁴¹³ Cour d'appel de Paris, 13 juin 1972 ; cassation criminelle, 26 juin 1973, Annales de la Propriété Industrielle, 1974, page 85.

¹⁴¹⁴ E. GARCON, cité par Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, précité, page 362.

¹⁴¹⁵ Cassation criminelle, 12 juin 1974, Annales de la Propriété Industrielle, mai 74, page 97.

¹⁴¹⁶ Voir Jean-Christophe GALLOUX, précité, n° 595, 209.

exigence de technicité, de caractère industriel répond fort mal à ce qui fait la spécificité des techniques modernes d'évaluation de la dignité de crédit. C'est pourquoi, il est généralement admis que des connaissances afférentes à la commercialisation ou à la gestion ne peuvent constituer un secret de fabrique. Or, les techniques que nous étudions, en ce qu'elles permettent la prise de décision, s'apparentent davantage à des méthodes de commercialisation ou de gestion¹⁴¹⁸ qu'à des procédés de fabrication industriels. Ainsi, les Professeurs Albert Chavanne et Jean-Jacques Burst ont-ils pu écrire que « L'exigence tenant au caractère technique du secret a pour conséquence que le secret d'ordre commercial n'est pas protégé au titre de l'article L. 621 – 1, pas plus que les programmes d'ordinateurs »¹⁴¹⁹. Ceci ne laisse guère de doute quant à l'exclusion de la notion de secret de fabrication des connaissances à l'origine des systèmes scores ou experts, d'abord en tant que programmes d'ordinateurs ensuite en tant que faisant partie du domaine du secret d'ordre commercial¹⁴²⁰.

645. Conclusion : la nécessité de rechercher une autre voie de protection. Nous pouvons donc conclure que la notion de secret de fabrique, trop restrictive, trop orientée techniquement parlant, est inappropriée aux techniques de crédit-scoring, ainsi qu'aux systèmes experts. Ces derniers auraient sans doute pu satisfaire à l'examen des autres critères, mais après ce qui vient d'être dit la démarche serait superfétatoire¹⁴²¹. C'est donc forcément à une notion plus large à laquelle il faut faire appel pour classer ce qui fait la spécificité de ces techniques. Or, n'avons-nous pas dit à leur sujet, et notamment à propos des systèmes experts, qu'elles étaient assises sur, « Du logiciel d'abord, évidemment. Du savoir et du savoir-faire ensuite. Un *corpus* de données formalisant ce savoir et, autant que possible, un certain savoir-faire »¹⁴²². En conséquence de quoi, il apparaît tout à fait naturel que nous nous arrêtons quelques instants sur le contenu de la notion de savoir-faire.

B La notion de savoir-faire : le seul concept valable.

646. Plan. L'analyse de ce que peut recouvrir cette notion (1°) finira de nous persuader que finalement, lorsque l'on parle des méthodes des scores, et des systèmes experts,

¹⁴¹⁷ *Ibidem*, n° 596 ; Cour d'appel de Nancy, 14 février 1995, Juris-Data n° 40471.

¹⁴¹⁸ Gestion du risque de crédit notamment.

¹⁴¹⁹ Ouvrage précité, n° 644, page 363.

¹⁴²⁰ Notamment les choix des critères et les pondérations faites en fonction d'objectifs commerciaux ou de rentabilité commerciale ou financière. Ainsi, il n'est pas rare de voir en pratique les modèles de scores varier en fonction des établissements de crédit, mais également en fonction de la cible commerciale ou des objectifs de production à atteindre, voir *supra* n° 392.

¹⁴²¹ « Sire, pardonnez-nous de n'avoir pas tiré du canon en votre honneur. Nous avons à cela douze raisons. La première est que nous n'avons pas de canon ». Et le bon roi Henri de répondre si l'on en croit la légende : « je vous dispense des onze autres ». Repris par Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, page 126.

¹⁴²² Voir *supra* n° 607 ; ouvrage LAMY, « Droit de l'informatique », précité, n° 479.

seul le concept de savoir-faire se révèle adapté à ce qu'elles représentent (2°).

1° La définition.

647. Plan. En l'absence de texte suffisamment précis (a./), c'est la doctrine qui a la première isolé les critères permettant d'identifier ce qu'est un savoir-faire (b./).

a./ Textes en présences.

648. Des textes peu nombreux. Tout juste pouvons-nous citer deux références textuelles ayant un effet contraignant et apportant une définition du savoir-faire. En premier lieu, il nous est possible de faire état de l'article 10 du règlement européen n° 240/96¹⁴²³ qui définit le savoir-faire comme « Un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles et identifiées de toute nature appropriée ». En second lieu, nous pouvons citer l'article 39 paragraphe 2 de l'accord sur les aspects de droit de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC) dans lequel il est prévu que « Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :

- soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de leurs éléments, ils ne sont généralement pas connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;

- aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets »¹⁴²⁴. Bien sûr, on aura remarqué que cette dernière disposition ne vise pas uniquement, ni même expressément, le savoir-faire. Mais en tant qu'il se réfère aux « renseignements non divulgués », notion fort vaste, il touche directement les savoirs-faire techniques et commerciaux¹⁴²⁵. A côté de ces textes d'ordre impératif, nous pouvons également faire référence à un arrêté du 12 janvier 1973 qui définit le savoir-faire comme « l'habileté acquise par l'expérience ; connaissance pratique »¹⁴²⁶. Mais, ce dernier texte n'a aucun caractère contraignant, il n'a qu'une valeur purement culturelle puisqu'il vise l'enrichissement de la langue française.

b./ Doctrine.

b-1 Evolution du concept.

649. Démarche. La notion de savoir-faire est, au fil des études sur le sujet, passée

¹⁴²³ En date du 31 janvier 1996 et relatif à l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité d'Amsterdam aux accords de transfert de technologie, et en particulier à la licence de savoir-faire.

¹⁴²⁴ Accord annexé à l'accord de Marrakech du 15 avril 1994, créant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

¹⁴²⁵ Voir Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, précité, n° 2.

¹⁴²⁶ JO du 19 janvier 1973.

par différents stades, du plus restrictif au plus large. Il semble néanmoins qu'aujourd'hui, tant en doctrine qu'en jurisprudence, l'on s'entende, à peu près, sur la définition à donner au concept ¹⁴²⁷.

650. La conception classique : une vision restrictive de la notion de savoir-faire.

Car à l'origine les auteurs avaient plutôt adopté une conception relativement restrictive de la notion, ce qui au final ne la distinguait guère de la notion de secret de fabrication. Ainsi, pour A. BERTIN, le savoir-faire pouvait s'identifier à « Toute connaissance technique applicable à l'industrie, considérée comme nouvelle par son possesseur et qu'il désire garder secrète, soit par son usage personnel, soit pour le transférer... » ¹⁴²⁸. Dans cette définition le trait est ainsi porté sur le caractère industriel de la notion. Il s'agirait ni plus ni moins que de « connaissances secrètes et d'application industrielle » ¹⁴²⁹. Traditionnellement donc le savoir-faire serait associé au domaine de la technique industrielle, au domaine du processus de fabrication ¹⁴³⁰. Or, une telle définition risque de nous être que de peu de secours s'agissant de qualifier les connaissances à l'origine du système score ou expert. Ces derniers ne faisant pas, pour ainsi dire, partie de la technique industrielle. Le certain en revanche, demeure que de cette définition, le savoir-faire s'entend de « connaissances », c'est-à-dire « de simples éléments immatériels, intellectuels » qui ne doivent pas être confondus avec la matière physique qui leur sert de support ¹⁴³¹. En cela, les connaissances à la base de l'élaboration des processus scores ou des systèmes experts sont bien visées par la définition du savoir-faire. Restait donc l'obstacle du caractère industriel.

651. La conception moderne : une vision du savoir-faire élargie.

Or, à ce propos, le Professeur Jean-Marc MOUSSERON pose la problématique suivante : faut-il « cantonner le know-how aux conséquences relevant de la technologie industrielle ou s'il est, au contraire, possible de l'élargir à des éléments relevant de techniques autres » ¹⁴³²

¹⁴²⁷ Même si aux yeux de certains auteurs, « Le principe d'une pré-définition générale du savoir-faire paraît sans véritable intérêt », Jean FOYER et Michel VIVANT, précité, pages 401 et 402. Dans le même sens, L. GILBERT *in* « Le know-how », Cahier de Droit de l'Entreprise, 1/1972, page 19, 1^e colonne *in fine*.

¹⁴²⁸ A. BERTIN, « Le secret en matière d'invention », Entreprises Modernes d'Édition, 1965, page 27. Dans le même sens, définition apportée par le groupe français de l'A.I.P.P.I., Annuaire 1970, page 653, selon lequel, « Le know-how ou savoir-faire s'entend de tous moyens de fabrication et de toutes connaissances acquises par la mise en oeuvre technique concernant un métier ou une industrie, que ceux-ci consistent en moyens brevetables ou non, ayant le caractère secret et/ou de nouveauté au moins pour celui qui veut en obtenir la jouissance ou la propriété ». Voir aussi Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, précité, n° 614, selon lesquelles, « Le savoir-faire est du domaine de la technique, de l'industrie ».

¹⁴²⁹ A. BERTIN, précité, page 1.

¹⁴³⁰ Voir sur ce point, Jean-Marc MOUSSERON, « Aspects juridiques du know-how », *in* « Le know-how », Cahiers de Droit de l'Entreprise, 1/1972, page 2, 1^e colonne.

¹⁴³¹ *Ibidem*

¹⁴³² *Ibidem*.

? A partir de là, l'auteur propose une définition élargie du concept de savoir-faire sur laquelle à peu près tout le monde s'accorde ¹⁴³³, et qui semble au surplus parfaitement correspondre aux critères énoncés par les différents textes que nous avons abordés. Ainsi, serait qualifié de savoir-faire toute « connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et non brevetée » ¹⁴³⁴. Définition que le même auteur précisera en décrivant le savoir-faire comme « Un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à verser une certaine somme d'argent » ¹⁴³⁵. A partir de l'ensemble des définitions ainsi proposées tant en doctrine que par les textes, il nous semble possible d'isoler un certain nombre de critères qu'il convient maintenant d'étudier de façon approfondie.

b-2 Les critères à retenir.

652. Plan. Tirant argument des différentes définitions énoncées plus haut, le Professeur Jean Christophe GALLOUX a proposé à son tour sa vision du savoir-faire en le considérant comme regroupant « Des informations de nature technique, industrielle ou commerciale, substantielles, secrètes et transmissibles » ¹⁴³⁶. Il nous semble que nous avons là une définition à la fois suffisamment précise et universelle pour pouvoir être retenue pour étayer notre propos.

653. Informations de nature technique, industrielle ou commerciale. A la question qu'avait donc posé Jean-Marc MOUSSERON, à savoir la possibilité d'étendre le domaine du savoir-faire à des connaissances autres que purement industrielle, il peut donc être répondu positivement. Les informations objet du savoir-faire peuvent donc n'être pas seulement industrielles, mais également « techniques » ou « commerciales ». Il n'y a dans cette énumération, nous semble-t-il, aucun caractère exhaustif. L'opinion est sans cesse confirmée par la doctrine. Ainsi, selon ce même auteur, « Les connaissances techniques ne se cantonnent pas, en effet, au plan industriel et documentaire. Elles obtiennent une importance de plus en plus grande en matière de gestion des entreprises » ¹⁴³⁷. Dès lors, des techniques de gestion qui selon certains, incluent « diverses formes de secrets économiques : système de gestion de portefeuille de valeurs mobilières, batterie de tests utilisés pour le recrutement du personnel... » ¹⁴³⁸ peuvent ainsi indéniablement faire partie du domaine du savoir-faire. Il nous paraît donc tout à fait pertinent, au vu de ces quelques exemples, d'affirmer que les éléments, les études à la base des systèmes scores, permettant l'évaluation de la personnalité d'un demandeur de crédit, au même titre que les méthodes de recrutement, peuvent largement faire l'objet

¹⁴³³ Jean-Christophe GALLOUX, précité, n° 607 ; Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, précité, page 348 ; André FRANÇON, « Cours de propriété littéraire, artistique et industriels », 1999, page 97.

¹⁴³⁴ Jean-Marc MOUSSERON, précité, page 6, 1e colonne.

¹⁴³⁵ *Ibidem*, page 20, 2e colonne.

¹⁴³⁶ Précité, n° 607, *in fine*.

¹⁴³⁷ Jean-Marc MOUSSERON, précité, page 2, 2e colonne *in fine*.

d'un savoir-faire. Le Professeur Jean-Marc MOUSSERON n'envisageait d'ailleurs pas autrement les choses en employant les termes, « connaissances techniques », puisque selon lui, « Toute connaissance précise utile au monde économique nous paraît pouvoir s'incorporer au know-how »¹⁴³⁹. C'était bien là admettre qu'*a priori* toute connaissance, quelle qu'elle soit, peut faire l'objet d'un savoir-faire¹⁴⁴⁰. Mais au même auteur d'ajouter, «... à la condition que soient satisfaites d'autres exigences ». Ces autres conditions tenant au caractère transmissible des connaissances, à leur caractère secret, utile (et non brevetée).

654. L'exigence de transmissibilité correspond à la possibilité de communiquer à autrui les connaissances à la base du savoir-faire. Il faut certainement voir dans ce critère un souci d'objectivation de ce qui fait la substance du savoir-faire. Cela signifie, qu'en pratique, les connaissances ou les expériences doivent pouvoir être distinguées, dissociées des simples, « aptitudes personnelles et des compétences professionnelles d'un individu »¹⁴⁴¹. Ainsi, il serait hors de question de considérer comme du savoir-faire ce qu'on a coutume d'appeler dans le jargon bancaire, « le flair » du banquier. Ce serait là plutôt une compétence personnelle difficilement saisissable, et donc insusceptible de passer d'une entreprise à une autre, du moins en dehors du transfert de la personne qui en serait pourvue¹⁴⁴². Il manque, dans ce genre de connaissance, d'expérience, une matérialisation concrète capable de l'identifier selon des critères objectifs. A reprendre les termes employés par le règlement européen évoqué plus haut, il doit s'agir d'informations « identifiées »¹⁴⁴³. Ce dernier critère devant être compris selon Jean-Christophe GALLOUX comme ce qui qualifie « Le savoir-faire décrit ou exprimé sur un support matériel de telle sorte qu'il soit possible de vérifier s'il remplit les conditions de secret, de substantialité... »¹⁴⁴⁴. Ainsi, d'après nous, « si le savoir-faire est écrit dans un manuel

¹⁴³⁸ Voir Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, précité, n° 9 et 10. Voir aussi Jean-Marc MOUSSERON, précité, page 3, 1e colonne, pour qui, « Il est mille techniques de recrutement du personnel : des études de psycho-sociologie appliquée indiqueront les meilleures. La connaissance de ces formules optimales suppose des études poussées, des investissements préliminaires importants... ».

¹⁴³⁹ *Ibidem*, page 3, 1e colonne.

¹⁴⁴⁰ Dans le même sens, définition du savoir-faire apportée par l'A.I.P.P.I. lors du congrès de Mexico de 1972, question 53a, d'après laquelle, « On appelle savoir-faire des connaissances et expériences de nature technique, commerciale, administrative, financière ou autres... », cité par Alain GALLOCHAT, précité, page 51. Définition reprise également, à son compte, par Marie MAULARIE-VIGNAL, précité, n° 16.

¹⁴⁴¹ Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, précité, n° 11.

¹⁴⁴² Il en serait de même pour le tour de main attaché à la personne qui, « ne constitue pas, en soi, une réalité indépendante de la personne qui l'exerce. Il n'est que la manifestation...de certaines qualités inhérentes à cette personne. Il ne représente pas une valeur négociable en elle-même », *ibidem*. En ce sens, voir arrêt de la Cour d'appel de Paris, 17 octobre 1974, Gazette du Palais, 1975, page 130, note Jean GUYENOT.

¹⁴⁴³ Article 10 Règlement n° 240/96 du 31 janvier 1996, précité.

opérateur, si ce savoir-faire est sérieux, rentable, standardisé »¹⁴⁴⁵, alors on pourra dire qu'il réunit les conditions de sa transmissibilité. Sa formalisation, sa fixation en des normes écrites cohérentes et intelligibles formera le gage le plus certain de son caractère transmissible. Ce qui ne paraît pas être le cas s'agissant de qualités consubstantielles à la personne¹⁴⁴⁶. Mais, à elle seule, la transmissibilité de la connaissance ne suffit pas, encore faut-il qu'elle soit utile pour l'exploitant.

655. Une information utile. Le règlement européen parle à ce sujet de substantialité des connaissances objet du savoir-faire¹⁴⁴⁷. Et cette substantialité, à notre sens, se décline en deux sous aspects interdépendants. Le premier touchant à l'utilité fonctionnelle du savoir-faire. C'est-à-dire que concrètement les « connaissances et expériences » devront être, « applicables dans la pratique pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession »¹⁴⁴⁸. L'utilité est ici prise dans son sens premier, c'est-à-dire comme ce qui sert à quelque chose. C'est en quelque sorte un peu le préalable au second aspect qui, lui, vise plutôt l'utilité économique du savoir-faire¹⁴⁴⁹. Il faut, « qu'il soit de nature à améliorer la compétitivité (du détenteur) ou à lui donner un avantage dans la concurrence avec d'autres fabricants ou fournisseurs de services qui n'ont pas accès au savoir-faire » en question. Il faut, pour reprendre la formule générale du Professeur LE TOURNEAU qu'il confère, « un avantage économique »¹⁴⁵⁰ à son détenteur. Et c'est de cette utilité au sens large que le savoir-faire tire toute sa valeur. Cette dernière étant équivalente à la somme d'argent qu'une personne, « désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à verser »¹⁴⁵¹ pour acquérir cette connaissance. L'on comprend dans cet esprit que cette valeur perdurera qu'autant qu'elle sera conservée secrète par son détenteur. En effet, si la connaissance est librement accessible au public, personne ne consentira à déboursier le moindre euro ou à consacrer la moindre minute en vue de l'acquérir.

¹⁴⁴⁴ Précité, n° 606 *in fine*.

¹⁴⁴⁵ Olivier GAST, « Comment évaluer financièrement un savoir-faire ? », Les Petites Affiches, 27 août 1993, n° 103, page 9.

¹⁴⁴⁶ Cependant, pour une discussion sur ce point, voir Jean-Marc MOUSSERON, précité, page 3.

¹⁴⁴⁷ Dans le même sens, Olivier GAST, précité, page 9, pour qui le savoir-faire doit être, « Sérieux, rentable, standardisé, substantiel et secret ».

¹⁴⁴⁸ Voir définition précitée proposée lors du congrès de Mexico de 1972, *supra* n° 653.

¹⁴⁴⁹ Jean-Christophe GALLOUX, précité, n° 606.

¹⁴⁵⁰ *In* ouvrage, « Le parasitisme », Litec, 1998, n° 197, page 155.

¹⁴⁵¹ Jean-Marc MOUSSERON, précité, page 20, 2e colonne. Dans le même sens, Olivier GAST, précité, page 52, pour qui le savoir-faire, « C'est en fait toute information, quelle qu'elle soit, susceptible d'intéresser un concurrent qui n'a pas accès à cette information ». Voir aussi, Jean-Christophe GALLOUX, précité, n° 609. Pour une illustration de cette utilité économique, voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 16 juin 1999, A.A.D. Phénix c/ S.A Coutheillas, Les Petites Affiches, n° 56, 20 mars 2000, note Marie MALAURIE-VIGNAL, Nadège REBOUL et Léna ETNER.

656. Une information tenue secrète. Selon le règlement européen le terme « secret » signifie que l'ensemble du savoir-faire, considéré globalement ou dans la configuration de l'assemblage précis de ces éléments, n'est généralement pas connu ou facile à obtenir, de sorte qu'une partie de sa valeur réside dans l'avance que sa communication procure au détenteur »¹⁴⁵². L'accord ADPIC ne dévie guère de cette définition puisqu'il vise, en son article 39. 2 a) des renseignements qui « ne sont généralement pas connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles », dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de leurs éléments¹⁴⁵³.

657. Caractère non absolu du secret. Le terme « généralement » employé dans ces deux définitions montre que le secret n'a aucun caractère absolu. Les connaissances à la base du savoir-faire peuvent ainsi parfaitement être partagées par plusieurs personnes, sans pour autant perdre le caractère de secret. Le Professeur Jean-Marc MOUSSERON préféra à ce titre parler de connaissances, « non immédiatement accessibles au public », termes, selon lui, moins ambigus¹⁴⁵⁴. Cela signifie concrètement deux choses. D'une part, que les connaissances, objet de la protection, peuvent déjà exister dans l'état de la technique, au sens du droit des brevets, et d'autre part, qu'elles ne soient pas facilement accessibles pour qui ne les domine pas. C'est donc dire que la notion de secret ne doit pas être comprise comme celle d'activité inventive ou de nouveauté retenue en droit des brevets. Les connaissances objet du savoir-faire peuvent ainsi être connues d'autres personnes, d'autres professionnels du même secteur d'activité. Ce fait n'affecte point l'existence du savoir-faire¹⁴⁵⁵. Ainsi en a jugé la Cour de cassation dans son arrêt du 13 juillet 1966, en admettant que des procédés ou des tours de main connus des professionnels pouvaient parfaitement donner lieu à paiement de redevances¹⁴⁵⁶. En somme, que le savoir-faire soit connu de plusieurs personnes n'affecte que sa valeur, celui qui désire l'acquérir pourra faire jouer la concurrence. « Mais un secret partagé n'en reste pas moins un secret, bien que les risques de divulgation aient augmenté »¹⁴⁵⁷. L'exigence du secret n'implique donc pas que le savoir-faire ait un « caractère inédit, singulier, hors du commun »¹⁴⁵⁸. Il suffit qu'il ne soit pas connu de tout

¹⁴⁵² Voir Jean-Christophe GALLOUX, précité, n° 607.

¹⁴⁵³ Voir *supra* n° 648.

¹⁴⁵⁴ Précité, page 4.

¹⁴⁵⁵ Jean-Christophe GALLOUX, précité, page 4, 1^e colonne.

¹⁴⁵⁶ Cassation commerciale, 13 juillet 1966, JCP (G), 1967, II, n° 15131, note Patrick DURAND.

¹⁴⁵⁷ F. MAGNIN, cité par Jean-Marc MOUSSERON, précité, page 4.

¹⁴⁵⁸ Termes employés par le Tribunal de commerce de Lyon le 10 octobre 1988, Les Petits Affiches, 30 novembre 1988, page 16, note Chantal NEROT, mais infirmés par la Cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 26 février 1993, Les Petites Affiches, n° 92, 3 août 1994, note Yves MAROT.

le monde ¹⁴⁵⁹, et qu'il permette à la personne qui souhaite l'acquérir d'accéder rapidement, et à moindre frais, à la compétence considérée. Ainsi que l'avait relevé la Cour de cassation, « La Cour d'appel énonce, à bon droit, qu'en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de mains encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnement coûteux le concédant fournit à son cocontractant un avantage appréciable... » ¹⁴⁶⁰. A ce titre, il est vrai que la formule de connaissances « non-immédiatement accessibles au public », traduit mieux la réalité. Ainsi, elle traduit mieux l'obstacle que les concurrents intéressés auront à franchir pour acquérir le savoir-faire en question. Franchissement qui ne sera possible qu'au prix « d'un effort tel qu'au moins est nécessaire pour le vaincre un travail requérant certaines dépenses et surtout... un certain délai » ¹⁴⁶¹. Ce qui suppose qu'il ne faudrait pas que des concurrents puissent avoir facilement accès au savoir-faire du fait d'une attitude peu prudente de son détenteur pour conserver secrète la technique.

658. Nécessité d'établir des procédures visant à garder le secret. Cette exigence découle directement de l'article 39.2 de l'accord ADPIC qui ne protège les renseignements non divulgués qu'à la condition qu'ils « aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ». Cette exigence semble aller de soi, car nous voyons, il est vrai, assez mal en pratique une personne détentrice d'un savoir-faire qu'elle désire conserver par-devers elle, n'adopter aucune mesure allant dans ce sens. Sans doute que la justification de la disposition se trouve dans le souci des rédacteurs de ne pas faire dépendre la protection de la seule volonté de l'agent détenteur. En effet, en imposant que des « dispositions raisonnables aient été prises », on introduit un critère objectif de contrôle de la réalité du secret. Il est fort probable que la détermination de ce qu'est une mesure raisonnable dépendra de l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais, nous pensons guère nous tromper en disant que cette exigence nécessitera l'accomplissement d'actes positifs démontrant la volonté de garder secret le savoir-faire. « En pratique, pareille mesure consiste en des mentions de confidentialité apposées sur les documents diffusés par l'entreprise, des panneaux d'avertissement dans les locaux de l'entreprise, des codes d'accès... » ¹⁴⁶². Reste maintenant à vérifier si les techniques à l'origine des traitements scores ou des systèmes experts, remplissent effectivement cette dernière exigence, ainsi que les autres déjà étudiées, ce qui devrait au final nous permettre de les identifier ou non à un savoir-faire protégeable.

2° Application des critères aux techniques modernes d'évaluation de la dignité de crédit.

¹⁴⁵⁹ Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, précité, n° 616.

¹⁴⁶⁰ Arrêt du 13 juillet 1966 précité.

¹⁴⁶¹ Jean-Marc MOUSSERON, précité, page 4, 2e colonne *in fine*. Pour un exemple, voir arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 juin 1999, précité.

¹⁴⁶² Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, précité, n° 17. Dans le même sens, Jeffrey ALAN TALPIS, précité, page 256.

659. Problématique. Les critères caractérisant ce qu'est un savoir-faire étant précisément établis, nous pouvons dire que nous disposons maintenant du matériel qui doit nous permettre de savoir si oui ou non les connaissances à la base des traitements scores peuvent être qualifiées de savoir-faire, et donc protégeable en tant que telles. Pour nous y aider, il paraît judicieux de faire état de ce qui a pu être décidé sur ce point outre atlantique. Car, si en France la question que nous proposons de résoudre est totalement inédite, et à ce titre vierge de toute réflexion dans le cas spécifique des traitements scores, il n'en est pas de même partout, puisqu'au Canada, le Commissaire à la protection de la vie privée a eu précisément à traiter du problème. Le lecteur nous autorisera donc à nous référer, autant que de besoin, à la brillante analyse menée à ce sujet par le Commissaire canadien à commencer par le raisonnement adopté par lui pour résoudre la difficulté.

660. L'exemple canadien. Nous ne reviendrons pas sur les faits déjà évoqués ¹⁴⁶³, ces derniers répondant parfaitement à notre problématique de départ, à savoir la possibilité pour un établissement de crédit donné d'invoquer le secret des affaires pour refuser l'accès à ces modèles de scores. En revanche, il nous apparaît particulièrement opportun et éclairant de retracer la démarche du Commissaire canadien afin de répondre à celle-ci. Ainsi, celui-ci, après avoir posé le constat ¹⁴⁶⁴ que renseignement commercial confidentiel et secret de fabrication étaient assimilables, expose un certain nombre de facteurs permettant d'identifier ce qu'est un secret de fabrication, tels que :

- A quel point cette information est-elle généralement connue ?
- Est-elle connue des autres dans le même domaine ?
- Est-elle connue à l'intérieur de l'organisation ?
- Quelqu'un à l'intérieur de l'organisation pourrait-il acquérir l'information d'une source indépendante ?
- L'organisation prend-t-elle des mesures particulières pour assurer la confidentialité de cette information ?
- Cette information est-elle en quelque sorte unique et originale ?
- la valeur économique de l'information.
- la valeur de l'information pour l'organisation.
- la valeur de l'information pour les concurrents de l'organisation.
- l'information procure-t-elle un avantage économique à l'organisation sur les concurrents ?
- les dépenses en ressources, en temps et en efforts autonomes consacrés au développement et à la protection de l'information.

661. Démarche. Or, précisément, à l'énoncé des critères, l'on peut rapidement et aisément s'apercevoir de la surprenante similitude avec ceux-là mêmes que nous avons

¹⁴⁶³ *Supra* n° 619.

¹⁴⁶⁴ A notre sens erroné. *Supra* n° 639.

proposés pour déterminer la consistance du savoir-faire. L'on peut même trouver certaines précisions, notamment quant à la valeur économique de l'information, qui sont particulièrement intéressantes. Dès lors, à prendre modèle sur le Commissaire du Canada, il ne reste plus qu'à faire application de l'ensemble des critères ainsi retenus à l'espèce étudiée à savoir : les connaissances à l'origine des systèmes scores ou des systèmes experts. Dans cette optique, il semble logique de s'interroger, en premier lieu, sur la vocation des informations à la base des scores à intégrer la notion de connaissance ou d'expérience objet du savoir-faire (a./) et ce avant même de se pencher sur le caractère secret et utile (b./).

a./ Les raisonnements scores : objet d'un savoir-faire.

662. Informations par nature aptes à faire l'objet d'un savoir-faire. En premier lieu, il nous semble clair que les informations à la base des scores ou des systèmes experts sont bien de celles qui peuvent faire, en soi, l'objet d'un savoir-faire. Nous ne nous étendons guère sur le sujet, l'étude visant à déterminer ce qui peut faire l'objet d'un savoir-faire ayant suffisamment été développée. Et, dans la mesure où nous avons conclu qu'*a priori*, toute information, quelle qu'elle soit, pouvait faire l'objet d'un savoir-faire, nous ne voyons ici aucune raison de considérer autrement les informations à la base des traitements scores. L'exclusion ou l'intégration de ces informations de la protection du savoir-faire ne peut donc dépendre que de la vérification des autres critères.

663. Des informations transmissibles. Les connaissances à la base des traitements scores sont-elles des connaissances « identifiées » au sens où nous l'avons entendu ? Peuvent-elles être transmises sur un support matériel qui permette d'apprécier le caractère utile et concret ? A notre sens, il ne fait guère de doute qu'il peut être répondu positivement à l'interrogation. En effet, l'élaboration des techniques scores (ou experts) s'appuie sur des connaissances fruit de l'étude systématique et parfaitement objective de milliers, voire de million de dossiers. Elle s'appuie sur des méthodes mathématiques et statistiques parfaitement déterminées. Elle s'appuie également sur des programmes informatiques très élaborés capables de mettre en oeuvre l'expérience acquise par les établissements de crédits dans le domaine du crédit, telle que le choix des meilleurs critères de solvabilité, les croisements et les pondérations à effectuer. Nous sommes donc loin, dans le cas du crédit-scoring ou des systèmes experts, de la simple expérience, du tour de main attaché aux qualités personnelles de la personne. « Chacun des modèles (nous dit le Commissaire canadien) est fondé sur des renseignements exclusifs à la banque, tels que ses stratégies d'affaires, les renseignements accumulés sur l'historique de ses prêts, la tolérance au risque et les prévisions économiques ». Se sont donc des connaissances parfaitement identifiées, « standardisées », qui n'ont rien de commun avec de simples aptitudes ou compétences attachées à l'individu. La meilleure preuve de cela se trouve d'ailleurs dans leur possible mise en oeuvre par informatique. Et nous savons que la première phase de l'informatisation réside dans la modélisation des informations que l'on souhaite mettre sur ordinateur ¹⁴⁶⁵. Nous pouvons donc conclure que les connaissances à l'origine des traitements scores ou experts entrent parfaitement dans la catégorie des informations « transmissibles ». Remplissent-elles pareillement l'exigence

¹⁴⁶⁵ Sur cet aspect, voir *supra* n° 318, 319 et n° 507 et suivants.

de « substantialité » ou d'utilité ?

b./ La condition de substantialité ou d'utilité appliquée aux raisonnements scores.

b-1 Existence du fondement économique.

664. Notion. Nous pouvons là encore vérifier que la connaissance mise en oeuvre dans les traitements scores, notamment, atteint bien cet objectif. Comme nous l'avons vu, ce critère revêt deux sens parfaitement interdépendants : l'un touchant à l'utilité fonctionnelle du savoir-faire, l'autre à son utilité économique.

665. L'utilité fonctionnelle des connaissances à la base des traitements scores ou des systèmes experts n'est plus à démontrer. Evidemment, celles-ci, dès lors qu'elles sont stigmatisées par un programme informatique, et qu'elles sont mises en oeuvre pour sélectionner des dossiers de crédit, servent effectivement à l'exploitation de l'entreprise, servent effectivement à l'activité de distribution du crédit par l'établissement de crédit. Cet aspect-là de la substantialité ne pose, s'agissant des scores et des systèmes experts, aucune espèce de difficulté. Alors peut-on en dire autant de son second aspect à savoir : l'utilité économique des connaissances à l'origine de ces traitements ?

666. L'utilité économique. Autrement dit, les connaissances à la base des scores, par exemple, procurent-elles réellement un avantage économique à l'établissement de crédit qui les met en oeuvre ? Lui permettent-elles d'améliorer sa compétitivité par rapport aux autres concurrents du secteur ? Lui permettent-elles de tirer un quelconque avantage économique ?

667. Existence d'une valeur économique pour l'entreprise. Nous savons sur ce point que chaque établissement de crédit élabore ses propres modèles en fonction de son expérience et de considérations stratégiques, et que c'est de ces paramètres qu'il entend tirer avantage. Pourtant, il reste difficile, à défaut d'étude comparative poussée, de déterminer si oui ou non chacun de ces établissements de crédit obtiendra un avantage par rapport à ses concurrents du fait de la mise en oeuvre de ses propres modèles. Le Commissaire du Canada ayant eu à traiter du cas ne s'est d'ailleurs pas exprimé autrement en confiant qu'il demeurerait « sceptique quant à la prétention que les conséquences concurrentielles actuelles ou relatives à la fraude de la divulgation de la notation personnelle du crédit interne seraient aussi regrettables que les banques le prétendent ». La question de l'avantage économique demeure donc un point sur lequel il est particulièrement difficile de se prononcer. Pourtant, aux yeux des différents concepteurs des techniques scores ou experts, il ne fait pas l'ombre d'un doute que celles-ci leur confèrent un avantage économique certain. Ainsi, n'avons-nous pas dit, reprenant les paroles d'un représentant d'une société financière que : « Les scores constituent l'un des éléments clé de la maîtrise du risque donc de la bonne santé du compte d'exploitation d'un établissement de crédit et de sa capacité concurrentielle »¹⁴⁶⁶

? Or, s'agissant des techniques scores, l'existence de ses qualités peut être vérifiée. En effet, en tant qu'elles permettent la sélection des candidats solvables, elles favorisent certainement la maîtrise du risque. Nous pouvons même dire qu'elles sont à la base de la bonne tenue du compte d'exploitation, et donc de la bonne santé économique et

¹⁴⁶⁶ Bernard DROT, directeur Cetelem, *supra* n° 636.

financière des établissements de crédit. A ce titre, elles sont bien utiles à l'organisation. Le Commissaire du Canada s'était, lui, pour caractériser cette utilité, référé à la notion de valeur économique de l'information. Valeur pour l'organisation et valeur pour les concurrents de l'organisation. La valeur pour l'organisation n'est pas difficile à trouver, elle résulte de la capacité à bien sélectionner, voire à mieux sélectionner que les autres, du fait de l'utilisation des connaissances en question. De cette capacité naîtra l'avantage économique pour l'organisation, c'est-à-dire l'assurance d'une bonne santé du compte d'exploitation, la maîtrise du risque de crédit et, par prolongement, le maintien de sa force concurrentielle.

668. Existence d'une valeur économique pour les concurrents. La valeur de l'information pour les organisations concurrentes peut, elle-même, être mesurée. Cela revient en définitive à se demander quelle somme d'argent serait prêt à verser tout autre concurrent, non-détenteur de la connaissance, pour acquérir cette dernière. Ainsi, l'information pourra être jugée utile à partir du moment où elle aura permis au concurrent de faire des économies d'argent et de temps. Or, sur ce point, nous avons vu que chaque établissement de crédit investissait des moyens considérables¹⁴⁶⁷ pour développer, et maintenir à jour, les techniques de scores ou les systèmes experts. Sur ce point, il est aisé d'imaginer qu'un établissement de crédit qui chercherait à consentir des crédits aux particuliers, notamment, n'hésiterait sûrement pas à investir dans l'acquisition de telles techniques de sélection. Ce n'est d'ailleurs certainement pas un hasard si les grandes banques généralistes dépensent des fortunes pour acquérir des sociétés financières détentrices du savoir-faire en question¹⁴⁶⁸. Preuve est donc faite que la possession de telles connaissances n'est pas inutile, c'est une litote, à qui veut offrir du crédit. Nous pouvons donc conclure que la maîtrise de ces techniques procure un réel avantage économique et concurrentiel, par rapport à celui qui ne les domine pas. Sur la base de ces dernières paroles, il va sans dire que toute cette création de valeur, tout le caractère utile apporté par les connaissances, reposerait sur un édifice bien fragile, si par ailleurs il était facile, au public, d'accéder à ses connaissances. En fait, ce dernier critère n'est rien si l'on ne l'envisage au travers le spectre du secret.

b-2 Existence du fondement juridique.

669. Nécessité du caractère secret. En effet, que deviendrait l'avantage

¹⁴⁶⁷ Sur ce point, voir *supra* n° 48 et n° 539. Voir aussi les conclusions du Commissaire canadien, précité, pour qui, la banque en question « investi des efforts et des coûts considérables dans la conception de ces modèles. Un modèle est conçu spécifiquement pour chacun de ses produits financiers ».

¹⁴⁶⁸ Voir en ce sens, Les Echos, « Dossier Finances : Crédit à la consommation », mercredi 29 mars 2000, page 63 et suivantes, notamment page 63 où l'on relève que les sociétés spécialisées, telles que CETELEM pour la BNP, SOFINCO pour le Crédit Agricole... « apportent leur expertise, en matière de *scoring* », et page 66 où les auteurs soulignent l'importance du savoir-faire local, en cas d'implantation à l'étranger. Il n'est pas rare non plus de voir des accords de partenariat signés entre banques généralistes et sociétés spécialisées en vue de la mise à disposition ou de la construction de techniques de *scoring*. Entretien, Patrick DOUCHEZ, CIC Paris. Voir aussi, Nathaniel HERZBERG, Le Monde du 25 avril 1998, « Les nationalités statistiquement risquées du Crédit Agricole », page 10 où l'on peut lire que la SOFINCO gère, outre les crédits à la consommation du Crédit Agricole, ceux de la Barclay's.

économique, la valeur de l'information, si les concurrents, et même les particuliers, pouvaient avoir facilement accès à ce savoir-faire ? A en croire l'établissement de crédit sur le refus duquel le Commissaire du Canada avait à se prononcer, « Cet avantage concurrentiel obtenu à des coûts significatifs sur plusieurs années serait perdu par la divulgation des notations internes et des modèles. Ces renseignements de nature délicate et exclusive ne devraient pas directement ou indirectement tomber entre les mains des compétiteurs ». Cette vue des choses et, à l'égard de la concurrence, parfaitement justifiée¹⁴⁶⁹. Mais, il nous semble qu'elle l'est encore davantage s'agissant, non plus de l'homme de métier, mais des simples particuliers candidats à l'emprunt. La question est alors de savoir ce qu'il adviendrait du fondement de ces techniques si les demandeurs de crédit pouvait avoir accès à ces connaissances. Les établissements de crédit invoquent, à notre sens, à juste titre, les risques élevés de fraude. En effet, ayant en mains tous les éléments discriminants de la dignité de crédit, il serait relativement aisé à l'individu d'adapter ses réponses par rapport au modèle score supposé évaluer son comportement de remboursement. A ce propos, nous savons déjà que l'hypothèse n'est pas d'école, et cela même sans que les modèles de scores soient connus des fraudeurs¹⁴⁷⁰. A coup sûr une ouverture des fondements techniques des systèmes de crédit-scoring ou des systèmes experts, mais sans doute dans ce dernier cas plus difficilement, sonnerait la mort de ces derniers. Par prolongement, on peut même imaginer que la capacité de sélection des candidats à l'emprunt serait fortement perturbée¹⁴⁷¹. Au final, cela ne laisserait présager rien de positif quant à la bonne tenue du compte d'exploitation des établissements de crédit, et quant à la maîtrise du risque de crédit. Dans ce cadre, le secret apparaît alors comme le moyen unique de préservation de l'intérêt et de la valeur économique des connaissances en question. Ce critère, que nous pourrions alors qualifier de consubstantiel à la caractérisation du savoir-faire (du moins de sa valeur et de son intérêt économique pour son détenteur) se retrouve-t-il s'agissant des techniques scores ?

¹⁴⁶⁹ En effet, les modèles de scores intégrant non seulement des critères relatifs à l'insolvabilité propre du demandeur, mais également des informations relatives à la politique interne et à la stratégie commerciale de l'établissement de crédit, il serait facile à un concurrent d'adapter sa propre stratégie d'affaires en fonction de celle mise à jour. En extrapolant (à peine) cela revient en quelque sorte à offrir au concurrent la possibilité de découvrir les cibles commerciales de l'établissement de crédit en question, et donc sa politique de distribution du crédit grâce, notamment, à la connaissance des critères privilégiés par ce dernier. Dès lors, outre le fait que la connaissance des modèles ferait gagner au concurrent un gain de temps et d'argent précieux, elle lui permettrait également de connaître des informations faisant partie du secret des affaires, ce qui, en termes de capacité concurrentielle, n'est guère souhaitable.

¹⁴⁷⁰ Nous avons pu nous apercevoir que certains prescripteurs, à force de faire fonctionner les systèmes de scores, arrivaient à déterminer les critères pertinents et partant, étaient en mesure d'adapter les réponses faites par le client afin qu'il obtienne le crédit, *supra* n° 197, 392 et n° 540.

¹⁴⁷¹ En effet, le crédit-scoring étant l'instrument privilégié, voire, pour certains crédits et pour certaines sociétés spécialisées, exclusif de sélection des candidats, l'on perçoit immédiatement l'impact, en termes de pertinence de la sélection, qui pourrait naître de la divulgation des modèles susvisés. Les possibilités de fraude seraient grandement facilitées, et la technique ne jouerait plus son rôle, qui est, avant toutes choses, de permettre de sélectionner la clientèle solvable et uniquement celle-ci.

670. Caractère vérifié. Or, à ce sujet, nous savons que le secret sur les connaissances n'a pas à être absolu. Il suffit que le savoir-faire, pris dans son ensemble ou dans la configuration de l'assemblage précis de ces éléments, ne soit pas « généralement » connu ou « facile à obtenir ». C'est dire que la technique peut déjà exister. Elle peut être connue d'autres personnes, d'autres professionnels du même secteur d'activité. Le secret exigé par la définition du savoir-faire n'est donc pas à confondre avec la notion d'activité inventive ou la notion de nouveauté. La solution est heureuse s'agissant des techniques scores ou des systèmes experts car, en pratique, l'on remarque que de nombreux établissements de crédit dominent parfaitement ces outils de sélection des candidats à l'emprunt. Cependant, comme nous avons pu le signaler, ce n'est certainement pas un hasard si certaines banques généralistes s'attachent, par différents moyens ¹⁴⁷², les services de sociétés financières réputées détentrices d'un savoir-faire dans ce domaine. C'est qu'en effet, même pour les grandes banques dites universelles, il n'est pas facile de mettre au point des systèmes de scores ou des systèmes experts performants et rapidement opérationnels. Ainsi, pour parvenir à des techniques scores comparables à celles conçues et développées par ces sociétés spécialisées, il leur faudrait passer par une phase de recherche aussi longue que coûteuse. L'on peut même se demander, si pour les banques généralistes, il est possible de parvenir à des résultats assimilables à ceux des sociétés spécialisées dans certains crédits ¹⁴⁷³. En effet, ces dernières basent leurs modèles sur une longue expérience du crédit à la consommation, et sur un nombre considérable de dossiers, plusieurs millions avons-nous annoncé ¹⁴⁷⁴, que les banques traditionnelles sont loin d'atteindre. De ce décalage est né le savoir-faire que les établissements de crédit spécialisés ont su, à force de temps, d'investissement... et d'erreurs aussi, mettre au point ; qu'ils ont su, pour reprendre un terme déjà employé, standardiser. Au vu de ce qui vient d'être exposé, nous pouvons maintenant affirmer que les connaissances à la base des scores font bien partie de ce type d'informations qui ne sont, « généralement », pas connues, et encore moins connues par tout le monde. Nous pouvons même affirmer que toutes les entreprises du secteur bancaire ne dominent pas la technique. Celle-ci, reste bien au contraire, confinée entre les mains de quelques sociétés spécialisées, et pour laquelle celui qui ne les possède pas serait tout disposé à verser une certaine somme d'argent.

671. Nécessité de mesures de protection du secret. Bien évidemment, le montant à payer variera selon le degré de confidentialité qu'aura conservé l'information convoitée. Moins il y aura de personnes dans le secret et plus celle-ci sera précieuse. L'on saisit alors que le caractère secret de la connaissance dépendra largement de l'attitude de son détenteur à son égard. Qu'aura-t-il fait pour conserver secrètes ces informations ? Aura-t-il adopté des mesures spécifiques pour maintenir confidentielle l'information ?

672. Mesures concrètes. L'accord ADPIC ¹⁴⁷⁵ exige, lui, dans ce cas, que des « dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances », aient été prises. Cela

¹⁴⁷² Achat ou partenariat.

¹⁴⁷³ Notamment, crédits à la consommation, crédits permanents et prêts personnels.

¹⁴⁷⁴ Voir *supra* n° 318.

suppose donc que le détenteur du savoir-faire ne soit pas resté passif face au risque de communication à des tiers potentiellement intéressés par celui-ci. En quelque sorte, il faut que les connaissances visées soient rendues difficilement accessibles pour qui voudraient les acquérir plus ou moins illicitement. Le détenteur doit donc avoir pris un certain nombre de mesures afin d'éviter la prolifération de son savoir-faire vers l'extérieur. Concrètement, cela devra se traduire par des, « dépenses en ressources, en temps et en efforts autonomes », consacrées non seulement au développement des modèles, mais également, « à la protection de l'information ». Il faut donc supposer que l'organisation, soucieuse de protéger son savoir-faire, devra apporter la preuve de l'existence de mesures physiques de sécurité, afin d'isoler ce dernier du regard indiscret d'un maximum de personnes, à commencer par celui de son propre personnel. Il pourra s'agir à titre d'exemple, de la mise en place de locaux inaccessibles à toute personne non autorisée, soit par un système de codes d'accès, soit par gardiennage ou tout autre moyen équivalent, de l'accent mis sur le caractère strictement confidentiel des documents relatifs au savoir-faire et transmis au personnel ou à des partenaires commerciaux... En somme, les mesures appropriées pour conserver le secret auront à varier selon le secteur d'activité dans lequel le savoir-faire s'exercera. S'agissant des techniques de crédit-scoring ou des systèmes experts, nous devons donc vérifier si de telles mesures sont prises par ceux-là mêmes qui invoquent le secret des affaires comme fondement au refus du droit d'accès instauré par la loi.

673. L'existence de mesures vérifiées dans le cas des systèmes scores et des systèmes experts. Sur ce point nous pouvons avancer qu'effectivement les mesures tendant à conserver secrètes les logiques à la base de ces techniques de sélection existent sans l'ombre d'un doute¹⁴⁷⁵. En effet, les établissements de crédit n'hésitent pas à instaurer des systèmes de sécurité afin de protéger les systèmes scores ou experts, et ce aussi bien vis-à-vis de leur propre personnel que vis-à-vis de l'extérieur. La protection a ainsi lieu tout au long du processus de développement des systèmes, de la conception jusqu'à l'utilisation effective sur ordinateur. Comment se traduisent-elles dans la pratique ?

674. Au stade de la conception, seuls les experts chargés de créer l'outil sont autorisés à accéder à l'ensemble des informations qui permettront à terme d'aboutir au produit final. Pour le reste, et autant que possible, la division des tâches (étude des dossiers, saisie des données, élaboration des programmes d'ordinateurs, procédures d'accès au système score...) en permettant de segmenter les différents éléments nécessaires à la construction du score final, limite d'autant les risques de reconstitution du système par un employé « indélicat ». Le choix de lieux différents pour la réalisation de ces différentes phases accentuera d'autant les difficultés d'appropriation illicite du savoir-faire. A cela s'ajoutera, pour chaque employé ou partenaire, une clause de stricte confidentialité par rapport aux informations dont il aura pu avoir à connaître au cours de ses fonctions.

¹⁴⁷⁵ Article 39. 2. c), *supra* n° 648.

¹⁴⁷⁶ Les propos qui vont suivre sont tenus sur la base de deux entretiens avec des professionnels du crédit.

675. Au stade de l'utilisation des traitements scores ou experts des mesures existent également afin de conserver strictement secret le cœur de ces techniques. Pour cela, les établissements de crédit concepteurs s'entourent de mesures spécifiques. Ainsi, les scores qui sont mis à la disposition des différentes agences du réseau bancaire en question sont livrés sous forme de boîte noire inviolable. Autrement dit, l'agent qui traite le dossier de demande de crédit n'a, en fait, pas la possibilité technique d'accéder au système score, aux écritures informatiques. Il n'a dès lors pas accès aux logiques mises en oeuvre, il ne peut que saisir les données et attendre que le résultat score s'affiche en retour. En revanche, il lui est impossible de savoir comment raisonne le système. L'accès au système n'étant réservé qu'à un certain niveau hiérarchique, en fonction du profil professionnel¹⁴⁷⁷. Bien plus encore, pour éviter tout risque de communication des techniques vers l'extérieur, les établissements de crédit n'hésitent pas à bloquer l'accès à la note score elle-même. Cela se vérifie tout spécialement dans le cas des services de crédit installés dans les grandes enseignes commerciales. Le partenaire prescripteur, qui reçoit la demande sur le lieu de vente, ne fera, en fait, que transmettre les informations par voie télématique et recevra, en retour, une réponse à la demande formulée en termes d'acceptation ou de rejet, mais aucunement sous la forme d'une note score. D'ailleurs, chez certaines sociétés financières, il en va de même à l'intérieur du service d'études des prêts,¹⁴⁷⁸ seules certaines catégories d'agents ayant alors accès à la note score. Le Commissaire du Canada ne démentira pas sur cet aspect, puisque l'enquête qu'il avait entreprise sur cet aspect l'avait amené à, « confirmer que la banque surveille étroitement ses modèles de notation de crédit à l'encontre de l'accès externe et permet seulement à quelques uns de ces experts d'y avoir excès ».

676. Conclusion : le droit du banquier à refuser l'accès aux raisonnements. Au terme de ce développement, il nous est donc possible de conclure que les connaissances qui servent de fondement aux techniques de scores ainsi qu'aux systèmes experts, réunissent entièrement les conditions requises pour qualifier ces techniques de savoir-faire. Ainsi, si nous établissons le bilan de ce qui a été dit, nous avons bien affaires, avec les systèmes scores et les systèmes experts, à des connaissances « identifiées », « transmissibles », « substantielles » ou utiles, et tenues « secrètes », ou si l'on préfère « non immédiatement accessible au public ». Si donc les connaissances, les logiques à la base des traitements scores, notamment, peuvent être qualifiées de savoir-faire tel que l'affirment les établissements de crédit. Et si, comme nous l'avons vu, le secret des affaires embrasse dans sa définition la notion plus restrictive de savoir-faire, alors nous sommes en mesure d'affirmer que les établissements de crédit sont définitivement en droit de refuser l'accès à leurs logiques informatiques. La protection du secret des affaires commande cette solution. Ce fut également celle adoptée par le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada qui a estimé que, « La conclusion la plus équitable que je peux rendre et que ces modèles de notation se qualifient au titre des renseignements commerciaux confidentiels en vertu de l'article 9 (3) (b) de la loi ». Or, cette conclusion autorise que soit menée une autre réflexion. En effet, nous savons

¹⁴⁷⁷ Ainsi, au CIC, l'accès aux données suppose une compétence particulière justifiant l'accès. Informaticien par exemple.

¹⁴⁷⁸ Au CETELEM le service particulier n'a pas accès au *scoring*.

maintenant que les logiques à la base des scores font partie du secret des affaires, via la notion de savoir-faire, et qu'à ce titre la directive européenne autorise leur rétention. Or, dans ce schéma de pensée, le bon sens commanderait d'admettre, corrélativement, que ce même secret des affaires puisse justifier le refus d'accès à toute information dont la consultation amènerait, indirectement, à la connaissance de ces logiques.

II La légitimité d'une protection du secret des affaires en cas d'accès indirect aux raisonnements ou la rétention des informations-résultats.

677. Démarche. Afin de savoir si une rétention des informations-résultats est légitime au regard de la protection des intérêts économiques ou commerciaux des établissements de crédit, encore faut-il déterminer, au préalable, et comme l'avait fait le Commissaire canadien, en quoi leur communication peut être préjudiciable à ces intérêts. En d'autres termes, en quoi leur communication peut-elle révéler les raisonnements à la base des techniques de scores, seuls éléments à être protégés par le secret des affaires ? (A). Une fois établi ce risque d'atteinte au savoir-faire, l'on peut légitimement se demander si ces derniers peuvent trouver des mécanismes juridiques qui pourraient fonder une rétention des notes scores par-devers eux, et ainsi protéger, indirectement, leur savoir-faire (B).

A L'aptitude des informations-résultats à révéler les modèles de scoring.

678. Accès au résultat informatique et risque d'atteinte aux intérêts du banquier. D'après une étude préparée par des experts en fraude, et présentée par la banque dont l'attitude était examinée par le Commissaire canadien, « Si les notations internes étaient facilement accessibles, un modèle d'évaluation de crédit pourrait être cassé en obtenant aussi peu que 24 notations » ! Concrètement, cela signifie qu'en demandant à vingt-quatre personnes différentes de soumettre une demande de crédit avec des réponses différentes aux questions posées, et en leur demandant d'accéder chacune à leur note, le modèle de score pourrait être mis à nu. Ceci résulterait, en fait, d'une analyse des différentes notations, ainsi que des critères sur lesquels le score était fondé. Sceptique, le Commissaire à procéder, de son côté, à une expertise sur le sujet. Or, d'après l'expert contracté à cet effet, « Même si la détermination précise d'un modèle de notation était difficile et très improbable, l'accès à des évaluations de crédit personnalisées rendrait sans hésitation plus facile l'approximation d'un modèle de banque ». Il est vrai que cette conclusion paraît quelque peu surprenante si l'on en juge la masse d'efforts considérables nécessaires à l'élaboration d'un modèle pertinent de score. Cependant, cela ne nous étonne guère. En effet, nous avons pu voir ¹⁴⁷⁹ que les prescripteurs ou les agents de crédit étaient capables, à force d'expérience, d'isoler globalement les critères déterminants pour l'obtention d'un crédit. A tel point d'ailleurs que les sociétés financières n'hésitent plus à adapter leurs modèles pour tenir compte du risque de fraude de leurs partenaires commerciaux. Ceci nous incline à ne pas totalement partagé le scepticisme éprouvé par le Commissaire du Canada quant à la réalité du risque d'atteinte au modèle. « J'éprouve (nous dit-il) quelques difficultés à croire que les compétiteurs ou les réseaux d'artistes experts fraudeurs d'algorithmes se donneraient

¹⁴⁷⁹ *Supra* n° 382.

autant de peine. Le spectre des banques s'écroulant sous les attaques systématiques d'une équipe de mathématiciens avides de prêts n'en est pas une que je trouve particulièrement crédible »¹⁴⁸⁰. C'est avec une certaine réticence qu'il lui a fallu conclure que le « cassage d'un modèle, consécutif à la divulgation des notations de crédit internes est techniquement possible », risque au demeurant pris, en revanche, très au sérieux par les établissements de crédit. Le Commissaire a donc logiquement conclu « qu'en citant l'exception de l'article 9 (3) (b) pour les renseignements commerciaux confidentiels afin de lui refuser l'accès à cette notation de crédit (la banque) agissait en conformité avec la loi ». De ce point de vue, l'on peut se demander, si la CNIL décidait d'entreprendre une telle réflexion, n'arriverait pas au même constat, et par suite, si elle ne serait pas pareillement dans l'obligation de refuser à la personne l'accès à sa note score ?

679. Perspectives. Un tel raisonnement pourrait ainsi être reconduit s'agissant cette fois de la technique de segmentation, dans le but d'empêcher aux personnes d'accéder purement et simplement à leur segment comme l'avaient souhaité les banques plaignantes. La nécessaire protection du secret des affaires assigne qu'il en soit ainsi. Mais, une telle solution n'est évidemment possible qu'autant que la révélation des notes percerait indirectement le secret gardé sur les modèles eux-mêmes. Du moins, c'est ainsi que le Commissaire du Canada a envisagé le problème¹⁴⁸¹. En eux-mêmes donc, le résultat score, l'appréciation sortie d'un système expert ou le segment attribué à la personne, en somme les informations-résultats, ne pourraient pas faire l'objet d'un secret d'affaires. Mais, si la communication des informations-résultats peut indirectement mettre à jour ce qui fait partie du savoir-faire des établissements de crédit n'est-il pas permis de s'interroger sur les outils juridiques qui pourraient servir de fondement à leur rétention.

B Les mécanismes juridiques au service de la rétention des informations-résultats.

680. Plan. Pour se faire une idée des arguments juridiques qui pourraient être invoqués pour retenir les informations-résultats l'on peut, une fois de plus, faire référence à l'affaire soumise à la bienveillance du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada. Pour défendre ses intérêts l'établissement de crédit mis en cause avait, outre celui tiré de la protection du secret des affaires, audacieusement, peut-être un peu trop, avancé deux arguments. Le premier d'entre eux visait, ni plus ni moins, à considérer que l'expression des informations-résultats n'était finalement que l'application d'un principe général du droit : la liberté d'expression de la pensée (2°). Ainsi, au même titre qu'une personne est libre d'exprimer ou de ne pas exprimer sa pensée, les établissements de crédit seraient eux-même libres de communiquer ou de ne pas communiquer l'opinion incarnée par les résultats scores. Sans doute peu convaincu de l'argument, l'établissement de crédit en

¹⁴⁸⁰ « Dites-moi qu'en vigueur duquel l'éthique concurrentielle de l'ensemble des banques canadiennes est telle que je devrai, à mon grand regret, accepter qu'il en soit ainsi ».

¹⁴⁸¹ « Dans un souci de clarté, permettez-moi de souligner encore une fois que la question n'est pas que la notation de crédit d'une personne en elle-même constitue un renseignement commercial confidentiel. Plutôt, il s'agit de déterminer... si la divulgation de telles notations révélera des renseignements commerciaux confidentiels ».

question en a soutenu un second, pourtant tout aussi audacieux, et qui visait à dire que l'information-résultat, étant établie à l'interne, ne pouvait, techniquement, que lui appartenir. C'était là en quelque sorte réclamer un véritable droit de propriété pour justifier la rétention de la notation (3°). Et si l'argument peut, de prime abord, choquer nous verrons qu'au regard de la théorie dite des « biens informationnels », il est loin d'être dénué de tout fondement. Cependant, il est vrai que ces deux arguments de défense demeuraient assis sur des bases quelque peu fragiles pour emporter la conviction du Commissaire. Aussi, l'argument le plus solide pour fonder la rétention des informations-résultats pourrait, selon nous, être trouvé dans une réflexion exprimée par le Professeur Michel VASSEUR à propos du droit d'accès général reconnu par la loi de 1978, et qui prônait le droit pour un établissement de crédit de retenir l'opinion exprimée sur un client afin que soit protégé la relation commerciale¹⁴⁸² (1°).

1°Préservation de la relation commerciale comme moyen d'assurer la protection du secret des affaires.

681. Légitimité de la rétention au regard de la relation commerciale. A cette question le même auteur répondit que, « Par nature, certaines informations licites, de nature qualitative, ne devraient pas faire l'objet d'une obligation systématique de révélation au client, et cela dans l'intérêt même de la relation entre les deux parties, et aussi afin de préserver la liberté de gestion des entreprises et de préserver le devoir de non-ingérence du banquier »¹⁴⁸³. Cette dernière réflexion ne peut que nous amener à penser que « par nature », les informations-résultats pourraient légitimement entrer dans le périmètre des informations protégées par le secret des affaires. En effet, les intérêts ici évoqués : préservation de la relation commerciale, de la liberté de gestion, du devoir de non-ingérence du banquier, méritent, tout autant que la préservation des stratégies d'affaires, commerciales ou financières, protection. Ils font tout autant que ces derniers partie des intérêts économiques et commerciaux que chaque entreprise doit pouvoir protéger¹⁴⁸⁴. En effet, à titre d'exemple, il nous est possible de reprendre le rapport INRIA/CE¹⁴⁸⁵, selon lequel, « Dans le cadre des relations commerciales... certaines informations ne peuvent, par nature, être communiquées aux personnes morales concernées sans courir le risque de voir ternir les relations de clientèles entre entreprises elles-mêmes ». Il est vrai que « certaines précisions se traduisent en termes de régression, voire de disparition, il n'apparaît pas alors judicieux de communiquer ce type d'informations à l'entreprise concernée qui en fera la demande »¹⁴⁸⁶. Telle réflexion, si elle est possible pour les entreprises, doit l'être selon nous, de la même manière s'agissant cette fois de la relation avec les particuliers. En effet, peut-être n'est-il pas très

¹⁴⁸² Réflexion reprise dans le rapport de l'AFB pour 1979, page 34.

¹⁴⁸³ Michel VASSEUR, « Droit et économie bancaires... », précité, fascicule 1, page 74.

¹⁴⁸⁴ En ce sens, Corinne VANDENBUSSCHE, précité, pages 378 à 380, page 386, pages 175 et 176.

¹⁴⁸⁵ Cité par Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 175.

¹⁴⁸⁶ Corinne VANDENBUSSCHE reprenant P. et Y. POULLET, page 175.

judicieux que la personne sache qu'elle est considérée, commercialement parlant, comme, « frileuse », « timide », « versatile »... Ces informations de nature qualitative ont un sens bien précis pour le banquier qui ne sera pas forcément celui qu'aura la personne concernée et qui pourra se sentir offusqué d'être affublée de tels qualificatifs. Peut-être également n'est-il pas opportun, au plan de la relation commerciale, que le demandeur sache que pour cet établissement de crédit il est un « mauvais » payeur au sens du crédit-scoring ou du système expert. Il est vrai que les rapports entre les partenaires pourraient, à défaut d'explications sérieuses et sincères de la part du banquier, se détériorer, voire s'achever brutalement. L'intérêt des établissements de crédit serait donc de conserver par-devers eux ce type d'informations. Comme l'avait relevé un auteur à propos du droit d'accès reconnu aux personnes physiques « Celui-ci constitue sans doute l'innovation la plus marquante, en ce qu'il brise la tradition de discrétion au sein des entreprises »¹⁴⁸⁷. Il prend la forme d'une « intrusion dans les traitements relevant du secret commercial (et) opère indiscutablement une brèche dans celui-ci »¹⁴⁸⁸. Au terme de ces quelques avis, il nous est donc possible d'admettre que dans cette démarche, et en elles-mêmes, les informations-résultats pourraient parfaitement faire partie du secret des affaires, et être protégées à ce titre. C'est une opinion, selon nous, parfaitement acceptable. L'on perçoit l'intérêt d'une telle argumentation, cette fois au plan de la protection du savoir-faire de l'entreprise. En invoquant la protection de la relation commerciale, les établissements de crédit pourraient ainsi empêcher que des demandeurs malhonnêtes reconstituent les éléments déterminants de l'octroi ou du refus d'un crédit. Cette philosophie visant à bloquer l'accès aux informations-résultats ne peut-elle d'ailleurs pas trouver un autre fondement dans le principe général de la liberté d'opinion ? La décision du Commissaire du Canada offre d'intéressantes perspectives à cet égard.

2° La liberté d'opinion comme outil de protection du secret des affaires.

682. Rétenion fondée sur la liberté d'opinion. Ainsi, la banque en question dans cette affaire s'était fondée, pour refuser l'accès à la notation, sur un argument particulièrement original, mais au final pas très éloigné de la notion de secret des affaires.

683. Texte. Ainsi, avait-elle soutenu qu'une « évaluation de crédit interne constitue une opinion de la société, une forme de discours commercial à protéger en vertu de l'article 2 (b) de la Chartre canadienne des droits et libertés »¹⁴⁸⁹. Or, d'après cette dernière disposition chacun a tout à la fois le droit d'exprimer son opinion et le droit de ne pas exprimer cette même opinion. L'argument ainsi formulé est, il est vrai, séduisant. Finalement, pourquoi ne pas l'admettre ? Notre déclaration des droits de l'homme et du

¹⁴⁸⁷ Xavier LINANT de BELLEFONDS, « L'informatique et le droit », PUF, 1985, page 58.

¹⁴⁸⁸ Jérôme HUET, « Le secret commercial et la transparence de l'information », Les Petites Affiches, 1988, n° 20, page 12. Dans le même sens, Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 176, pour qui, « Ces informations constituent pour l'entreprise ficher des éléments de son secret des affaires qu'elle ne tient pas à dévoiler, surtout si, comme pour les individus, le droit d'accès est accompagné d'un droit de suite ».

¹⁴⁸⁹ Charte disponible sur le site Internet, http://laws.justice.gc.ca/en/charter/const_fr.html.

citoyen du 26 août 1789, intègre d'ailleurs une disposition équivalente. En effet, selon son article 11, « La libre communication des pensées et des opinions est un droit des plus précieux de l'homme... ». De là découle que nul ne peut être contraint à exprimer son opinion. L'affirmation va de soi. *A priori* donc l'argument doit pouvoir être recevable.

684. Rejet de l'argument. Pourtant, le Commissaire du Canada n'a semble-t-il pas émis le même optimisme, il a même considéré l'argument « aussi peu convaincant qu'il est créatif ». Ainsi, tout en reconnaissant le droit, pour les personnes morales « d'avoir ou non un droit au silence, un droit de s'abstenir d'exprimer une telle opinion », il a toutefois conclu, qu'« en générant une notation au sujet d'une personne, la banque a déjà rompu son silence ». « Elle a, ajoute-t-il, non seulement émis une opinion, mais a utilisé cet énoncé dans un but administratif : déterminer le mérite à l'octroi d'un prêt de la personne en question »¹⁴⁹⁰. Au regard de cette décision, il semble bien que dès l'instant où l'opinion, ici la note, est effectivement utilisée pour prendre une décision, l'argument du discours commercial, propre à la société, doit tomber. En quelque sorte, à partir du moment où la note est rejetée par le système score ou expert, celle-ci échappe à l'emprise de l'établissement de crédit pour rejoindre le domaine des informations personnelles dont l'accès ne peut être refusé à la personne concernée. Il est vrai que cette solution a été commandée par une formulation, à notre sens, quelque peu maladroite de l'argument. Peut-être aurait-il été plus sage de la part des défenseurs d'invoquer directement à l'appui du refus, la violation du secret commercial. Partant, le discours commercial, l'appréciation portée sur le demandeur de crédit, en tant qu'il risquerait de porter atteinte à la relation commerciale¹⁴⁹¹, s'il était connu de la personne, pourrait, selon nous, fort bien être appréhendé comme un renseignement commercial confidentiel, et à ce titre être protégé, en tant que tel, par le secret des affaires. En effet, « du calcul ou de l'analyse comparée d'un grand nombre de données hétéroclites, il est possible de faire apparaître des faits non remarquables à l'œil humain »¹⁴⁹². Le résultat score, l'appréciation du système expert, le segment font indéniablement parties de ces faits. Or, ils représentent « une nouvelle information que son créateur tient à conserver pour lui-même »¹⁴⁹³. L'idée n'est donc, en droit, pas dénuée de tout fondement. Cependant, nous devons reconnaître, en l'état actuel de la position de la CNIL,¹⁴⁹⁴ et de jurisprudence française¹⁴⁹⁵, que l'argument a fort peu de chances d'aboutir. Cela ne peut

¹⁴⁹⁰ Le terme « administratif » ne doit pas ici choquer, car au Canada les banques font partie du secteur des entreprises fédérales. Voir article 2 (1) (g) de la loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, visible sur le site Internet : <http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/chambus/house/bills/gouvernement/C-6.../90052bF.htm>.

¹⁴⁹¹ Mais, aussi à la liberté de gestion dans la mesure où, du moins en France, il ouvre la porte à la contestation telle que la loi le prévoit.

¹⁴⁹² Rapports INRIA/CEE, cité par Corinne VANDENBUSSCHE, précité, n° 387

¹⁴⁹³ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁴ Position marquée dans la délibération n° 93 - 032 du 6 avril 1993, précité.

¹⁴⁹⁵ Arrêt précité du Conseil d'État, 7 juin 1995.

que nous inciter, s'agissant précisément de ce « discours commercial », issu des systèmes d'évaluation de la dignité de crédit, de pousser encore plus loin l'analyse.

3° Le droit de propriété comme moyen de protection du secret des affaires.

685. Problématique. A ce sujet, dans l'affaire jugée par le Commissaire du Canada, la banque avait argué du fait que l'évaluation de crédit était établie à l'interne, elle ne faisait pas partie des informations dont la personne pouvait avoir connaissance. Finalement, elle considérait que la notation était élaborée par elle à l'interne, et ne pouvait donc, techniquement, que lui appartenir. Autrement dit, c'était là revendiquer ni plus ni moins qu'un véritable droit de propriété dont l'objet était la notation ¹⁴⁹⁶. Mais une telle opinion est-elle admissible à l'état actuel de notre droit ?

686. Intérêt du concept. Il faut reconnaître que la reconnaissance d'un tel droit sur les notations de crédit serait l'idéal. En effet, à se remémorer brièvement les attributs du droit de propriété, on sait que le titulaire du droit aura la possibilité d'aliéner la chose ou de la retenir par-devers lui. De ce point de vue, l'on peut saisir l'importance qu'aurait une telle qualification pour les établissements de crédit. Nul besoin d'évoquer un quelconque droit au secret des affaires, pas plus d'ailleurs qu'un éventuel droit d'auteur, le droit de propriété se chargeant d'assurer la protection de l'information visée. L'idée a ainsi germé chez un certain nombre d'auteurs de développer à l'égard de certaines informations une théorie dite des « biens informationnels ». L'exposé de cette dernière (a./), devrait nous permettre de dire si elle peut s'avérer comme un mode de protection pertinent et réaliste des intérêts économique des établissements de crédit ou si, à l'inverse, la confrontation de cette théorie aux cas des scores doit être rejetée (b./).

a./ Exposé de la théorie.

a-1 Fondement du concept.

687. La valeur de l'information-résultat. Cette théorie trouve son origine dans un souci d'assurer une protection à l'immense domaine des informations qui ne sont pas protégées par le droit de la propriété littéraire, artistique ou industrielle ¹⁴⁹⁷, mais qui pourtant ne sont pas dénuées de toute utilité pratique ni de toute valeur au plan économique. Et c'est précisément pour ce genre d'informations que la théorie des biens informationnels a été développée. Or, parmi les informations ayant une réelle utilité pratique et une valeur économique, nous pouvons assurément y ranger les informations-résultats scores ou systèmes experts. En effet, nul ne contestera qu'à la base de ces résultats, il existe des efforts considérables soit humains, matériels ou financiers. Nous l'avons vu, l'élaboration d'un système de crédit-scoring ou d'un système expert nécessite de nombreuses recherches et d'importants investissements, nous ne reviendrons pas là-dessus. Intrinsèquement donc l'information-résultat qui est le fruit, la synthèse de ces efforts a une valeur. Elle a une valeur parce qu'elle est issue d'une technique, d'un savoir-faire fort coûteux. Elle a une valeur également parce que certains

¹⁴⁹⁶ En ce sens, voir Jean FRAYSSINET, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et protection des libertés des consommateurs », in LAMY, « Droit de l'informatique », Cahier n° 127, juillet 2000, page 5, 3e colonne.

¹⁴⁹⁷ Faute de caractère innovant ou par manque d'originalité.

seraient prêts à payer pour l'obtenir. L'affirmation est surtout vraie s'agissant des informations économiques sur les entreprises. Nous avons déjà pu voir que des sociétés avaient fait de l'information leur activité première. Celles-ci, agences de renseignements, proposent, notamment au marché, l'accès à des informations synthétiques censées retracer la santé économique, financière des entreprises qu'elles se proposent d'étudier. Celles-ci ont évidemment recours à des formules de scores qui permettent de donner à l'utilisateur un avis sur la qualité des entreprises en la situant automatiquement dans une population de risques comparables. Or, l'information-résultat ainsi proposée, moyennant rémunération, au public n'est pas neutre économiquement parlant. Sa production aura nécessité des efforts de création intellectuelle et financiers qui donnent la mesure de sa valeur¹⁴⁹⁸. Bien évidemment, concernant les résultats scores et les appréciations des systèmes experts, l'analyse demeure. Ceux-ci n'ont pas, par principe, vocation, dans le cadre des demandes de crédit, à être diffusés à l'extérieur, en revanche il est indéniable qu'ils ont une utilité pratique et économique certaine puisqu'ils permettent, en grande partie, la prise de décision, la sélection des bons dossiers. Or, nous savons pareillement que l'avantage économique des établissements de crédit, et la tenue de leur compte d'exploitation, dépend pour large part d'une bonne méthode de sélection de la clientèle. La valeur au plan économique de ces informations-résultats est donc là encore indéniable. Sans compter que si ces informations étaient offertes au public, nul doute qu'elle pourrait intéresser certains créanciers ou certaines agences immobilières, et que ceux-ci seraient prêts à déboursier quelque argent pour les acquérir¹⁴⁹⁹. La valeur de ce genre d'informations n'est donc plus à démontrer¹⁵⁰⁰. Pourtant, notre droit ne leur accorde aucun égard, puisqu'il les exclut, soit par manque d'originalité soit pour défaut d'innovation, du champ de sa protection.

688. Objectif de la théorie des biens informationnels. Or, précisément le but de la théorie des biens informationnels est de consacrer juridiquement cette valeur économique. Consécration qui ne pourrait être, selon les tenants de cette théorie, exprimée que par la reconnaissance d'un droit de propriété. L'obstacle, il est vrai, résidait dans la nature intrinsèque de l'information. Celle-ci n'étant pas une chose tangible, mais incorporelle, le droit de propriété ne pouvait, *a priori*, avoir vocation à l'appréhender. Le droit de propriété n'ayant comme objet possible que les choses que l'on peut qualifier de bien.

a-2 Conditions d'application.

689. L'existence d'un bien. La question était donc de savoir si une information, en elle-même, c'est-à-dire sans considération prise de son support matériel, pouvait être

¹⁴⁹⁸ Sur le thème du coût de production de ces informations, voir François SAUVAGE, « L'information comptable et financière et le risque de crédit aux entreprises », Revue d'Economie Financière, n° 41, 1997, page 74 et suivantes.

¹⁴⁹⁹ Ainsi, selon Pierre CATALA, « Plus que jamais... le savoir est un ressort convoité de la puissance ; cette réalité donne sa valeur à l'information... », *in* ouvrage, « Le droit à l'épreuve du numérique », précité, page 227.

¹⁵⁰⁰ Voir sur ce constat, notamment Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », Dalloz, 1985, chronique, page 43 et suivantes, notamment n° 2, et n° 16 à 19.

qualifiée de bien (au même titre que les choses tangibles). L'argument a donc été tiré de la valeur économique que revêtait l'information. « A cause de sa valeur patrimoniale, l'information doit ainsi être regardée comme un bien susceptible d'appropriation »¹⁵⁰¹. Certes, il s'agira d'un bien immatériel¹⁵⁰², mais à reprendre le Doyen CARBONNIER, « L'essentiel est moins dans les données physiques que dans l'utilité économique »¹⁵⁰³. Dans cette optique, « il est clair qu'un droit qui se refuserait à voir un bien dans une chose ayant une valeur économique incontestable serait en décalage total avec la réalité »¹⁵⁰⁴. D'ailleurs, comme a pu le dire fort pertinemment le Professeur Michel VIVANT, « Le bien informationnel... n'est pas chose nouvelle »¹⁵⁰⁵. En effet, nous fait-il remarquer, « Toutes les propriétés intellectuelles... reposent sur la reconnaissance du bien informationnel [...] Le créateur apporte, révèle, fait connaître quelque chose... (formes ou idées, peu importe), il lui apporte une « information »... et celle-ci est traitée comme un bien et devient objet de droit »¹⁵⁰⁶. Déjà en leur temps, Planiol et Ripert avaient dit que « La notion de chose ou de bien est une représentation intellectuelle et que la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de protection juridique »¹⁵⁰⁷. L'immatérialité de l'information n'est donc pas un obstacle à la qualification juridique de bien, dès l'instant où cette dernière possède une valeur patrimoniale. Nous sommes là, il faut le reconnaître, bien loin de la théorie classique empruntée au droit romain et qui considérait comme chose « Tout ce que l'on peut toucher et appréhender physiquement »¹⁵⁰⁸.

690. Un bien susceptible d'appropriation. Reste que pour que l'information soit qualifiée de bien, il faut qu'elle soit susceptible d'appropriation par une personne. Sur ce point, alors que certains auteurs¹⁵⁰⁹ la tiennent pour acquise dès lors qu'a été établi que l'information a une valeur, d'autres¹⁵¹⁰, plus prudents, exigent, pour que l'information, chose immatérielle, soit érigée au rang de bien, qu'existe un lien de filiation entre cette

¹⁵⁰¹ André LUCAS, précité, n° 302 ; Pierre CATALA, précité, n° 3 *in limine*, page 227, et page 246, n° 2, « La propriété de l'information », étude également disponible dans les mélanges Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, page 97 et suivantes.

¹⁵⁰² En ce sens voir, notamment, Raymond GASSIN, « Le droit pénal de l'informatique », Dalloz, 1986, page 38, 2e colonne ; Pierre CATALA, « La propriété de l'information », précité, n°3 ; mais surtout Elise DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », Dalloz, 1998, n° 4 et suivants.

¹⁵⁰³ Cité par Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, précité, n° 16.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁵ « A propos des biens informationnels », JCP (G), 1984, I, n° 3132, 2e colonne.

¹⁵⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁷ Cité par Michel VIVANT, précité, 2e colonne.

¹⁵⁰⁸ Elise DARAGON, précité, n° 22 et note n° 49.

¹⁵⁰⁹ Marie - Paule LUCAS de LEYSSAC, précité ; André LUCAS, précité, page 352.

même information et son auteur. Or, selon le Professeur Pierre CATALA, « L'information est... toujours un bien créé et non pas donné. Qu'elle soit formulée à partir d'une idée pure ou d'un fait observé, elle est une oeuvre de l'esprit attribuable à un auteur ». En effet, pour arriver à ce constat, celui-ci s'appuie sur la définition même du mot « information ». D'après cette dernière définition, le terme désignerait l'action de façonner, de mettre en forme¹⁵¹¹. En considération de ce lien unissant l'information à son auteur, l'appropriation de l'information serait alors tout à fait admissible, et par voie de prolongement la qualification de bien acquise. « Puisqu'il n'y a pas d'information sans auteur, il ne devrait pas y avoir d'information sans maître »¹⁵¹². Cette dernière idée résume ainsi parfaitement la philosophie de la théorie des biens informationnels. Nous pouvons donc en conclure que l'information est susceptible, en théorie, de faire l'objet d'un droit de propriété. Mais les informations-résultats issues des traitements scores ou des systèmes experts résisteront-elles à l'analyse ?

b./ Application de la théorie aux informations-résultats.

691. Une conception en théorie admissible. Nous ne pensons pas que cette théorie puisse s'appliquer à ces informations. En effet, reprenons notre idée de départ. C'est-à-dire la possibilité pour les établissements de crédit d'invoquer à l'appui de leur rétention un droit de propriété sur les informations-résultats. Or, pour qu'il en soit ainsi, il est nécessaire, comme nous venons de le voir, qu'un lien unisse l'information-résultat et l'établissement de crédit. En d'autres termes, la propriété de l'information suppose que s'établisse entre les établissements de crédit et l'objet, « une relation de possédant à possédé »¹⁵¹³, relation qui ressort du droit réel. Ce lien existe-t-il s'agissant des résultats scores ou experts ? La réponse à cette première question ne peut être que positive. En effet, qui met en forme cette information ? Qui crée réellement cette information ? Assurément l'établissement de crédit, et cela grâce à son travail, aux investissements matériels, humains, financiers et intellectuels qu'il a fallu fournir pour arriver à un résultat digne d'application pratique. *A priori* donc, il est légitime d'accorder la propriété de ces informations à l'établissement de crédit. Etant propriétaire, il doit pouvoir user de tous les droits d'un propriétaire, dont notamment, la possibilité de retenir l'objet du droit : ici l'information.

692. Obstacle lié à la nature nominative des informations. Une première difficulté provient de la nature nominative de ces informations-résultats. Effectivement, dès l'instant où le score est appliqué à un demandeur de crédit, la notation ou l'appréciation qui en résultera sera forcément nominative. Or, selon le Professeur Pierre CATALA, les informations rattachées à la personne le sont soit par un lien d'attribution, soit par un lien de création. Par opposition à ce dernier, l'existence du lien d'attribution n'exige pas que

¹⁵¹⁰ Pierre CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », précité.

¹⁵¹¹ Pour une étude plus approfondie de la notion, voir Elise DARAGON, précité, n° 4 à 13 ; Pierre CATALA, « La propriété de l'information », précité, n° 6, et « Ebauche... », n° 5 ; Marie - Paule LUCAS DE LEYSSAC, précité, n° 5.

¹⁵¹² « La propriété de l'information », précité, n° 6.

¹⁵¹³ Pierre CATALA, « Ebauche... », précité, n° 7, page 230.

soi manifesté un quelconque effort de création de la part de la personne. Ainsi, le Professeur Pierre CATALA y range les « innombrables informations relatives aux personnes et aux patrimoines ». Ce dernier opère une distinction entre celles qui sont objectives et celles qui traduisent l'opinion subjective d'un tiers ¹⁵¹⁴.

693. Informations objectives. Celles-ci ne posent guère de difficultés, l'attribution résultant alors soit de la loi (nom, domicile, état civil...), soit des actes passés par le sujet (achat immobilier, bulletin de salaire, ouverture d'un compte...). Ce genre d'informations appartient à la personne parce qu'il existe un lien trop étroit pour qu'il en soit autrement. On peut dire qu'elles sont des attributs de la personnalité. A ce titre, elles ne peuvent appartenir qu'à cette personne. Dans le cadre de notre sujet, ces informations correspondent aux données que nous avons qualifiées de « brutes » (revenus, charges, situation matrimoniale, situation familiale...).

694. Informations subjectives. Pour ces dernières, c'est-à-dire, celles qui traduisent l'opinion subjective d'un tiers, les choses apparaissent plus complexes. En tant qu'elles ont pour sujet une personne, un lien d'attribution existe entre cette personne et les données. Techniquement donc les informations devraient appartenir à cette dernière. Mais, à la différence des données brutes, il existe également à la base de ces informations un acte de formulation et de création. Si l'auteur de ces informations était la personne sujet de ces mêmes informations, il n'y aurait aucune difficulté à déterminer le propriétaire. Mais, le nœud du problème résulte de la dissociation qu'il existe entre, d'une part, l'auteur de la formulation, et, d'autre part, le sujet des données nominatives. Si l'on applique le raisonnement à la notation score, l'on aura forcément d'un côté l'auteur de la note, c'est-à-dire l'établissement de crédit, et de l'autre le sujet de la note, c'est-à-dire le demandeur de crédit. Dans ce schéma, à qui attribuer la propriété ? A l'établissement de crédit, « maître naturel » ¹⁵¹⁵ de l'information ? Ou au demandeur de crédit en tant que sujet de l'information ?

695. Résolution de la question par les parties. Le Professeur Pierre CATALA a suggéré de laisser régler la question par la loi des parties. Ainsi, nous dit-il, « Il appartient aux propriétaires des informations de base d'en convenir avec celui à qui ils les procurent en vue de fabriquer, en les combinant, un produit nouveau » ¹⁵¹⁶. Concrètement, cela signifierait qu'il appartiendrait au demandeur de crédit, propriétaire des données nominatives brutes, de déterminer avec l'établissement de crédit créateur de l'information-résultat, qui aura la propriété de cette dernière. Juridiquement, il est vrai que rien ne s'oppose à une telle solution. Cependant, en pratique, il y a fort à penser que l'exercice tournera systématiquement à l'avantage des établissements de crédit, seuls ces derniers ayant intérêt à conserver pour eux (ou à commercialiser) la notation de crédit. A défaut de convention ?

696. Résolution de la question par les textes. « L'article 573 du Code civil semble

¹⁵¹⁴ *Ibidem*, n° 12.

¹⁵¹⁵ *Ibidem*.

¹⁵¹⁶ *Ibidem*, n° 18.

écrit pour cette hypothèse », nous dit le Professeur Pierre CATALA. Il est vrai qu'à lire cet article, « Lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale... ils en acquièrent en commun la propriété... ». Cependant, à considérer que les termes de cette disposition puissent effectivement répondre aux cas des notations ou des jugements issus des systèmes experts¹⁵¹⁷, l'on pourra aisément se rendre compte que cette solution n'est absolument pas adaptée au souci de protection de l'information-résultat par les établissements de crédit. En effet, s'il y a une propriété partagée, force est alors d'admettre que chacun des propriétaires pourra avoir accès à l'information-résultat. L'établissement de crédit ne pourrait alors, sur cette base, fonder un droit de rétention à l'égard du demandeur de crédit. De ce point de vue donc, la théorie des biens informationnels n'est pas d'un très grand secours pour justifier un refus de communication de la notation. Cela tient à l'ambivalence des informations-résultats de type score ou système expert. Ayant pour sujet le demandeur de crédit, le lien d'attribution, indirect, existe et justifie la naissance d'un droit réel à son égard. Mais, ayant pour créateur les établissements de crédit, un lien de création se manifeste également et justifie pareillement la naissance à l'égard de l'établissement de crédit d'un droit réel.

697. Une théorie inappropriée et impossible à mettre en oeuvre. Cette théorie des biens informationnels serait donc finalement impropre à protéger les intérêts des établissements de crédit. D'ailleurs, quand bien même il serait possible de fonder un droit de propriété exclusif au profit de l'établissement de crédit, le caractère nominatif de l'information anéantira toute velléité visant à conserver secrète l'information.

698. En raison des droits issus de la loi de 1978. En effet, au-delà de la distinction entre lien d'attribution et lien de création, propre au Professeur Pierre CATALA, la loi de 1978 consacre expressément un droit d'accès à l'information nominative. Finalement, par l'entremise de cette loi, la propriété de l'établissement de crédit serait assortie d'une servitude qui l'obligerait à communiquer la notation au demandeur de crédit. Or, tout l'intérêt d'évoquer un droit de propriété sur l'information est de pouvoir bloquer l'accès à celle-ci pour le demandeur du crédit. Voilà donc une curieuse situation dans laquelle on serait forcé de laisser pénétrer dans notre maison celui-là même que l'on voulait laisser dehors, et ce par effet de la loi. S'il existe une servitude, et c'est bien le terme qui serait approprié si l'on devait retenir la qualification d'un droit de propriété exclusif sur la notation, alors force est de conclure qu'un droit ainsi amputé ne serait d'aucune utilité à l'établissement de crédit. L'on peut même aller plus loin et se demander si finalement la qualification juridique de droit de propriété est recevable lorsqu'il a justement pour objet des informations nominatives telles les notations scores ou les résultats issus des systèmes experts. Notre scepticisme relève de deux obligations auxquelles tout banquier doit se conformer. D'une part, de son obligation de communication des informations nominatives que nous venons d'aborder, et d'autre part, de son obligation au secret.

¹⁵¹⁷ Après tout, la note n'est-elle pas le mélange de données personnelles au demandeur et d'informations issues d'un savoir-faire, ainsi que de données propres à l'établissement de crédit ? De même comment identifier ce qui forme dans cette notation la matière principale ? Les données nominatives brutes (nom, revenus, charges...) ou les données permettant leur combinaison, leur croisement ? S'agissant de programmes d'ordinateurs il est fort difficile, en pratique, de répondre.

699. En raison de l'obligation au secret. Effectivement, nous verrons que les informations type score ou système expert sont susceptibles de faire parties de celles qui sont susceptibles d'être visées par le secret professionnel ¹⁵¹⁸. Or, à y réfléchir attentivement, ces deux obligations ne sont-elles pas négatrices de la propriété ? En effet, « Lorsqu'on est obligé de divulguer sans contrepartie, on n'est pas vraiment propriétaire » ¹⁵¹⁹. De même que, « si l'on n'a pas le droit de divulguer, le devoir de se taire, l'obligation de céder sont négateurs de la propriété » ¹⁵²⁰. La propriété, nous dit le Professeur Pierre CATALA, « C'est le pouvoir de disposition » ¹⁵²¹ ou de ne pas disposer, et donc de retenir la chose par-devers soi. Or, s'agissant des notations de crédit, le banquier ne dispose ni de l'un ni de l'autre. Peut-on alors parler de droit de propriété pour ce genre d'informations ?

700. Conclusion : le rejet de la conception. Les constatations que nous venons de faire assignent logiquement à retirer cette qualification aux informations-résultats issues des traitements d'évaluation de la dignité de crédit. Par voie de conséquence la théorie des biens informationnels paraît devoir être exclue des motifs pouvant asseoir une rétention légitime des notations. Et ce, d'une part, parce que les obstacles techniques à la qualification du droit de propriété apparaissent rédhibitoires de ce point de vue, d'autre part, et surtout, parce que du fait de la loi l'objectif de rétention de la notation n'est pas accessible. Il semble bien d'ailleurs que l'application des dispositions de la loi de 1978 ne soit pas liée à une quelconque qualification juridique préalable des informations qu'elle vise. Le critère d'application est le caractère nominatif des informations et non l'appartenance ou non de ces dernières à l'une ou l'autre des parties. Le Commissaire à la vie privée du Canada avait conclu dans le même sens en relevant que ce critère visait « à prévenir la majorité des questions legalistes du genre soulevées ici, les questions à propos de l'origine, de la propriété, de l'opinion versus des faits [...]. Par ces motifs, poursuit-il, cela n'influe pas sur l'intention de la loi que les renseignements en question aient été collectés ou générés à l'interne ; qu'ils proviennent ou non de la personne concernée, ou qu'ils appartiennent techniquement à la personne ou à une autre partie ». Nous devons donc définitivement considérer que la notation score, en elle-même, ne peut pas être retenue par les établissements de crédit en invoquant un droit de propriété sur celle-ci ¹⁵²² ; Quand bien même on admettrait que cette qualification soit possible pour ce genre d'information ou pour toute information en générale ¹⁵²³. Si donc l'accès à la note score ne peut être refusé sur ce dernier fondement, l'on doit admettre au bout du compte que seul le secret des affaires et la préservation de la relation commerciale peuvent à la rigueur justifier la rétention des informations-résultats en vue de la protection des intérêts légitimes des établissements de crédit. Mais, même pour ces derniers fondements nous

¹⁵¹⁸ Voir *infra* n° 878.

¹⁵¹⁹ Pierre CATALA, conclusion au colloque consacré à « L'information légale dans les affaires. Quels enjeux ? Quelles évolutions ? », JCP (E), 1994, étude n° 387, page 448, 1^e colonne.

¹⁵²⁰ *Ibidem*.

¹⁵²¹ *Ibidem*.

devons rester très prudents car, les obstacles qui ont permis de rejeter la théorie des biens informationnels peuvent également trouver à s'appliquer à ceux-ci. Nous devons donc considérer que seul les risques d'atteinte aux intérêts des établissements de crédit par l'accès direct aux informations et aux raisonnements de base seraient à même de justifier leur rétention.

701. Conclusion n°2 : la protection du savoir-faire, seule cause légitime de rétention. Cet intérêt se trouvant, concernant ces techniques, dans la nécessaire protection du secret des affaires, en l'occurrence la protection du savoir-faire, de l'avantage économique et commercial qu'il procure au détenteur légitime de ces traitements, voire dans la nécessaire protection des droits d'auteur, mais dont l'application risque d'être difficile lorsqu'il visera les techniques scores ou les systèmes experts¹⁵²⁴. Sur cette base, mais elle seule, tout établissement de crédit qui chercherait à protéger son intérêt économique pourrait alors refuser l'accès à ces logiques scores, et même, dans la mesure où leur communication risquerait de porter atteinte à cet intérêt économique ou commercial, aux notations issues de ce traitement. Il est vrai cependant qu'au plan

¹⁵²² Faisons remarquer à titre informatif qu'il en ira de même pour les informations constitutives du savoir-faire à la base des traitements scores. Les motifs diffèrent cependant quelque peu puisque les informations constitutives d'un savoir-faire ne sont pas nominatives. En revanche, l'on a toujours refusé l'idée d'une appropriation d'un savoir-faire aux motifs que, « dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une protection privative », Tribunal civil de la Seine, 19 décembre 1928, Annales de la Propriété Industrielle, 1929, page 181. La seule voie de protection du savoir-faire consiste, ni plus ni moins, à le conserver secret. Voir en ce sens spécialement Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, précité, n° 19 à 24. Au surplus, les partisans de l'exclusion de la théorie des biens informationnels ont mis en garde contre le danger au plan juridique d'une telle théorie. En effet, selon eux admettre que l'information puisse faire l'objet d'un droit de propriété serait anéantir, purement et simplement, tout l'édifice de la protection de la propriété intellectuelle. En effet, selon le Professeur André LUCAS, « Attribuer un monopole sur n'importe quelle information sans poser la moindre condition de nouveauté et d'originalité retire à l'évidence tout intérêt aux droits privatifs existants. Qui demandera un brevet, qui invoquera le bénéfice du droit d'auteur s'il à l'assurance d'être titulaire en toutes hypothèses d'un droit de propriété sur l'information... ? La question mérite d'autant plus d'être posée que le monopole sur l'information ne sera même pas... limité dans le temps », in, « Le droit de l'informatique », ouvrage précité, page 357.

¹⁵²³ Ce qui n'est pas l'avis de tout le monde, loin s'en faut. Voir pour cela Jean DEVEZE, « Le vol de biens informatiques », JCP (G), 1985, I, n° 3210 ; Christian LE STANC et André PRÜM, « Les droits en France du créateur d'information », Revue Internationale de Droit Economique, 1989/2, page 211 et suivantes ; André LUCAS, précité, n° 304 et suivants. La jurisprudence la plus récente va d'ailleurs dans ce sens puisque selon la chambre correctionnelle de la Cour de cassation, « une information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions tant de cet article 460 que de l'article 321 - 1 du Code pénal... », arrêt du 3 avril 1985, Bulletin criminel, n° 142. Or, l'article 460 ancien, applicable en l'espèce, vise, « ceux qui, sciemment, auront recelé en tout ou partie des choses enlevées, détournées... », tandis que l'article L. 321 - 1 du Code pénal nouveau dispose, lui, que : « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir... une chose... ». Dès lors, selon cette décision, puisque l'information ne peut faire l'objet d'un recel en vertu des dispositions qui visent le recel des choses, elle ne peut être une chose. Et, si elle n'est pas une chose, elle ne peut être un bien. Il faut donc en conclure qu'une information ne peut être susceptible d'appropriation. Cette jurisprudence vient donc contredire l'édifice sur lequel la théorie des biens informationnels s'appuyait, et opère un revirement par rapport à un courant jurisprudentiel qui s'était exprimé en ce sens depuis un certain nombre d'années. Pour une vision de cette jurisprudence, voir Elise DARAGON, précité, n° 28 ; ainsi que Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, précité, n° 23 et suivants.

¹⁵²⁴ Voir *supra* n° 613.

national, la CNIL ne l'entend pas ainsi et refuse purement et simplement que le secret des affaires soit opposé à la personne concernée. La transposition en droit interne de la directive changera-t-elle les choses ? Nous savons déjà que le projet de loi a repris, l'un des motifs du refus d'accès aux logiques scores inscrit dans la directive (41^{ème} considérant), celui fondé sur la protection des droits d'auteur. Mais nous savons également qu'elle n'a pas repris celui tiré de la protection du secret des affaires. Or, sur ce point nous avons soutenu qu'il ne pouvait pas s'agir là d'une volonté du législateur d'exclure le motif. L'évocation du secret des affaires comme moyen de protection des intérêts des établissements de crédit paraît donc bien réaliste. Il semble bien d'ailleurs que par sa doctrine peu libérale, la CNIL tende davantage à éviter que les établissements de crédit tire argument de la nécessaire protection de leurs secrets d'affaires pour refuser toute communication d'informations aux individus concernés. Il est alors évident qu'une telle pratique risquerait d'entamer considérablement la philosophie à la base des l'article 3 de la loi.

702. Conclusion n°3 : une rétention qui ne peut être sans limite. Sans revenir sur ce qui a déjà été dit, nous savons que le législateur de 1978 a entendu, grâce au droit d'accès, établir une sorte de contre pouvoir ou moyen de contrôle face aux puissantes institutions, soit publiques ou privées. « Pour que le déséquilibre du savoir ne suscite pas celui du pouvoir »¹⁵²⁵, l'individu, demandeur de crédit par exemple, doit pouvoir accéder aux systèmes qui le jugent. Sur ce point, la directive ne dément pas puisqu'elle précise clairement¹⁵²⁶ que « Cela (l'opposition du secret des affaires ou du droit d'auteur) ne doit toutefois pas aboutir au refus de toute information de la personne concernée ». Par cette dernière phrase la directive vient poser les limites à l'exception tirée du secret des affaires ou du droit d'auteur. Au final, il est vrai que le lecteur peut éprouver quelque peine à s'y retrouver. En effet, les textes, directive européenne et loi française, posent sans équivoque un principe général de droit d'accès aux logiques informatiques, mais dans le même temps autorisent le responsable du traitement à refuser cet accès en cas d'atteinte possible à ses droits d'auteur. Cependant, alors que notre loi nationale reste parfaitement muette sur la question du secret des affaires, la directive, elle, n'hésite pas à faire de celui-ci un second motif de rétention de l'information. Toutefois, cette dernière introduit, à la différence de la loi française, une limite à ces deux exceptions en déclarant que « Cela ne doit pas aboutir au refus de toute information ». Tandis que d'un autre côté, la CNIL a adopté une position nettement tranchée en considérant que le secret des affaires ne peut en aucun cas constituer un motif de rétention des informations. Pourtant, devant ces approches visiblement contradictoires, un point d'équilibre semble devoir (et pouvoir) être trouvé. Entre intérêt bien compris des établissements de crédit à protéger leurs intérêts économiques, et l'intérêt, tout aussi légitime, des individus à contrôler les vérités sorties de l'ordinateur, une solution équitable doit émerger. Il est effectivement vrai qu'au regard de ce qui a été jugé au Canada, la position de la CNIL n'est, juridiquement et économiquement, pas acceptable. Mais également qu'une vision dénaturée de l'exception

¹⁵²⁵ Pierre CATALA, rapport de synthèse au colloque relatif à, « L'entreprise et l'informatique », Revue de Jurisprudence commerciale, novembre 1979, précité, page 509, 2e colonne *in fine*.

¹⁵²⁶ Quarante et unième considérant.

tirée du secret des affaires ou du droit d'auteur ne le serait pas plus. Mais, si la conciliation des intérêts en présence paraît, *a priori*, difficile à atteindre, elle est, selon nous, loin d'être irréalisable. En effet, les mécanismes juridiques existants dans notre droit devraient permettre de régler en toute quiétude ce point de friction.

CHAPITRE 2 LES MODES DE CONCILIATION DES INTERÊTS EN PRESENCE.

703. Démarche. Face aux demandes répétées des demandeurs de crédit déçus, et en l'absence de solution uniforme, il y a fort à penser que les établissements de crédit chercheront à bloquer tout accès à leurs systèmes d'évaluation. En effet, que ce soit pour éviter que leur savoir-faire tombe dans le domaine public ou pour empêcher tout risque de remise en cause des décisions, le banquier aura toujours tendance à rester très discret sur les fondements techniques à la base des traitements scores et des systèmes experts, et par extrapolation sur les résultats qui en sont issus. Mais, il ne faudrait pas penser qu'en adoptant une telle attitude les établissements de crédit soient à considérer comme étant systématiquement de mauvaise foi ou du moins peu loyaux. Nous avons suffisamment insisté sur les problèmes qu'engendrerait une transparence trop exacerbée sur ces méthodes et résultats pour ne pas admettre que celles-ci soient dignes de protection. Nonobstant, il ne peut être nié non plus l'intérêt qu'aurait un demandeur de crédit à connaître les critères déterminants de la décision de crédit afin, éventuellement, d'en relever l'inadaptation à son cas d'espèce. C'est là, en somme, ne vouloir prétendre qu'au droit, reconnu à l'article 2, c'est-à-dire, à une étude personnalisée et non plus seulement informatisée de sa situation. Et c'est là, comme nous allons tenter de le démontrer, chose parfaitement possible. En effet, ce conflit d'intérêts peut être aisément résolu si l'on veut bien se donner la peine de s'attarder quelques temps sur les alternatives qui sont offertes par notre droit, mais aussi par celles pratiquées dans d'autres pays, et parfaitement transposable chez nous. Selon nous, la planche de salut peut être recherchée aussi bien du côté des sources légales et institutionnelles (section 1) que du côté des parties au contrat (section 2).

SECTION 1 Une conciliation par l'étude des textes et du rôle de la CNIL.

704. Problématique. Finalement, nous avons pu voir que la principale difficulté résulte de la capacité des établissements de crédit, à fonder un refus de communication des informations sur la base du secret des affaires. La CNIL y est opposée, soutenue en cela par la jurisprudence du Conseil d'État, alors que la directive, sous certaines réserves¹⁵²⁷, y voit un motif légitime de rétention. Or, sur ce point notre droit tant national qu'euro péen, offre des exemples de règlement possible du conflit. En effet, lorsque le secret des affaires est en cause le droit de la concurrence permet que sa protection soit assurée et ce, sans pour autant que la qualité de la décision et les droits des parties soit altérés. Les

¹⁵²⁷ Si cela n'aboutit pas, en pratique, à tout refus de communication.

règles relatives au contentieux économique paraissent à cet égard exemplaires et justifient que leur soit consacré quelques lignes dans le dessein de résolution du problème que nous nous sommes fixé (I). Et nous verrons que dans le cadre des solutions qu'apporte ce dernier pan du droit, la CNIL pourrait trouver, en ce qui concerne le droit d'accès de l'article 3, un rôle sur mesure (II).

I Les solutions proposées par le contentieux économique.

705. Problématique. Il est assez remarquable que dans le souci de protection des intérêts économiques des entreprises, le législateur a su mettre en place un système capable de servir cet objectif. Car, même si la manifestation de la vérité est un principe directeur de notre législation, cette recherche ne peut aller jusqu'à mettre en péril la santé économique des entreprises qui seraient contraintes d'apporter leur concours à la justice. Ainsi en est-il des procédures relatives au contentieux de la concurrence (A) ou de la saisie contrefaçon (B). Il est évident que pour établir la preuve de l'atteinte à la règle économique, le juge aura très probablement à connaître des informations sensibles au plan économique, et qu'il aura à les communiquer aux parties au procès. Cependant, la recherche de la preuve ne doit pas pour autant mettre en péril les intérêts légitimes de ces entreprises. C'est pourquoi, un certain nombre de garanties ont été mises en place afin de protéger le secret des affaires des intervenants au procès.

A Solutions offertes par le droit de la concurrence.

706. Plan. Deux niveaux d'études peuvent ici être évoqués. L'un ayant trait au droit national (1°), l'autre au droit communautaire (2°).

1° Au plan national.

707. Texte. Selon l'article L. 463 - 4 du Code du commerce, « Le président du Conseil de la concurrence, ou un vice-président délégué par lui, peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines de leurs mentions sont occultées ».

708. Explication. Si le principe demeure bien, dans ce genre de contentieux, le respect du contradictoire, ce qui implique que toutes les pièces recueillies par le Conseil ou soumis à lui soient connues des parties, il n'en demeure pas moins qu'en cas de risque d'atteinte au secret des affaires, si la demande de retrait n'a pas été faite au préalable par la partie concernée ¹⁵²⁸, le président peut prendre en considération le caractère confidentiel d'un document pour refuser de le communiquer à l'une des parties. C'est bien là apporter une réponse au risque de conflit entre le respect du contradictoire et le respect du secret des affaires. Il est vrai toutefois que la simple évocation de ce dernier

¹⁵²⁸ Article 23 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui permet à une partie de demander au président du Conseil de la concurrence, « La non-communication des pièces mettant en jeu le secret des affaires ». Voir, pour un cas d'application, Cour d'appel de Paris, 17 mars 1998, Gazette du Palais, vendredi 9 et samedi 10 avril 1999, pages 17 et 18.

argument ne doit et ne peut aboutir en pratique à tout refus de communication de pièces nécessaires au bon déroulement de la procédure. Le texte est suffisamment clair à cet égard. En revanche, le président qui aura à apprécier le caractère confidentiel ou non d'une information, au regard des critères qui ont été posés précédemment, pourra, si tel est le cas, retirer purement et simplement le document. En cette hypothèse, le secret des affaires sera ainsi préservé, mais sans doute au détriment des droits de la partie adverse. C'est pourquoi, il a été apporté une modification à la disposition en permettant au président d'occulter « certaines mentions des documents confidentiels ». L'objectif est clair, au lieu de priver une partie du document en question, le président pourra demander que celui-ci soit purgé de tout élément confidentiel. Cela n'équivaut bien sûr pas à la production de l'intégral, mais permet tout de même de le conserver au soutien des prétentions des parties¹⁵²⁹, alors qu'il avait, de par sa nature, vocation à être retiré du dossier. C'est d'ailleurs là une pratique largement éprouvée en droit communautaire de la concurrence.

2° Au niveau communautaire.

709. Secret des affaires : un principe à valeur supra législative. A l'échelon communautaire les règles sont, dans les principes, sensiblement identiques. Toutefois, le secret des affaires semble davantage encore pris en compte qu'au niveau national. En effet, la protection de l'intérêt économique des entreprises apparaît toujours en bonne place dans les procédures de concurrence ou de concentration soumises à la Commission européenne¹⁵³⁰. Et à un tel point que celle-ci a adopté une communication spécifique traitant de la question des demandes d'accès au dossier dans les affaires relatives à la concurrence et aux concentrations¹⁵³¹. La démarche de la Commission se trouve justifiée dans la mesure où selon certains, « La protection du secret des affaires est certainement... un principe général du droit communautaire, à valeur supra

¹⁵²⁹ Frédéric-Jérôme PANSIER et Cyrille CHARBONNEAU, « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », Les Petites Affiches, 23 mai 2001, n° 102, page 25, 1e colonne.

¹⁵³⁰ Voir en ce sens, arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma NV contre Commission des communautés européennes, Recueil de jurisprudence, 1970, page 661 ; voir aussi CJCE, 18 mai 1982, affaire 155/79, AM et S, Recueil, 1982, pages 1575 ; CJCE, 19 mai 1994, affaire C- 36/92 P, SEP, Recueil, 1994, page 1911 ; affaire 41 - 69, arrêt (ACF) selon lequel, « La commission a le droit de publier les décisions infligeant des sanctions en matière d'entente dans la mesure où une telle publication ne constitue pas une divulgation du secret d'affaires des entreprises », point n° 8 de la décision. Principe repris également au point n° 102. Précaution qui doit, selon un auteur être considérée, « comme l'expression d'un principe général qui s'applique pendant le déroulement de la procédure administrative », Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE, « Le secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une surprenante négligence », Gazette du Palais, 4 janvier 1992, Doctrine, page 3, 3e colonne. Sur l'absence de publicité, cette fois, des débats et la protection du secret des affaires, voir Denis BARTHE, « Propos critiques sur la disparition du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence au regard des exigences de l'article 6§1 de la CEDH », Revue Contrats - Concurrence - Consommation, janvier 2001, page 9, 2e colonne.

¹⁵³¹ Communication du 22 janvier 1997, JO, n° C 23/3 du 23 janvier 1997. Pour une étude critique de cette communication, voir Frédéric P. LOUIS, « La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence ; point final ou premier pas dans la bonne direction ? », Cahiers de Droit Européen, 1998, n°1 - 2, page 47 et suivantes.

législative » ¹⁵³² . Dans cette communication la Commission précise plusieurs points essentiels en matière de protection du secret des affaires.

710. Etendue de la réserve liée au secret des affaires. Ainsi, dans une première partie énonce-t-elle les catégories de documents qu'elle ne doit pas communiquer aux entreprises, dont notamment les documents contenant des secrets d'affaires. A leur sujet la Commission justifie leur rétention par la nécessité : d' « assurer la protection de l'intérêt légitime d'une entreprise, à savoir que certaines indications stratégiques sur ses... affaires ne soient pas connues des tiers ». Mais, selon la Commission, l'évocation du secret des affaires ne peut pas avoir de caractère absolu. En toutes circonstances elle devra en effet tenir compte, afin de décider si « dans les cas où des secrets d'affaires fournissent la preuve d'une infraction ou tentent de disculper une entreprise, elle doit faire prévaloir l'intérêt à la protection des informations sensibles, l'intérêt public à ce qu'il soit mis fin aux infractions... » ¹⁵³³ . Finalement, il ne s'agira ni plus ni moins pour la Commission que de peser les intérêts en présence. C'est-à-dire de déterminer si le besoin de divulgation est plus important que le préjudice qui pourrait résulter de ce fait.

711. Procédures visant à garantir l'accès aux pièces du dossier. Dans une seconde partie la Commission expose les procédures qu'elle aura à suivre afin de satisfaire au droit d'accès au dossier. De là, trois points principaux peuvent être relevés en vue de la conciliation entre protection des secrets d'affaires et droit à l'information des parties. Ainsi, en premier lieu, la Commission entend demander de façon systématique, et tout au long de la procédure, que les entreprises indiquent précisément les documents susceptibles de contenir des secrets d'affaires, et qui ne devraient, à ce titre, pas être communiqués à des tiers. En ce cas, la Commission pourra alors demander que soit fournies des versions non confidentielles de ces derniers documents. En second lieu, au cas où les entreprises n'ont pas fourni dès le début de la procédure de version confidentielle des documents qu'elles demandent à ranger parmi les documents relevant du secret des affaires, la Commission pourra de nouveau au stade de l'appréciation finale, demander qu'une version confidentielle suffisamment significative du document soit produite. Enfin, en ce qui concerne cette dernière catégorie de documents, une liste de ceux-ci devra fournir une indication permettant d'identifier leur contenu et leur objet, et ce de façon à offrir la possibilité aux entreprises qui estiment ces documents nécessaires à leur défense d'en demander l'accès nonobstant leur classification.

712. Conciliation des intérêts en présence : la pratique des versions non confidentielles. A la lecture de cette communication il ne semble donc pas qu'un intérêt soit privilégié par rapport à l'autre. En effet, en permettant aux entreprises d'avoir au moins connaissance de l'existence des pièces utiles à leur défense, la Commission prouve qu'elle n'entend pas laisser le secret des affaires évincer le droit à l'information des parties. La pratique de faire rédiger des versions non confidentielles des documents jugés sensibles ne fait d'ailleurs que confirmer l'opinion. Celle-ci a en effet certainement

¹⁵³² Emmanuel PUTMAN, « Contentieux économique », PUF, 1998, page 338, n° 381 ainsi que le n° 501, à propos du commentaire de l'arrêt SEP précité.

¹⁵³³ Frédéric P. LOUIS, précité, page 52.

pour objectif d'offrir aux entreprises la possibilité de considérer ces pièces comme utiles à leur défense et sur lesquelles la Commission aura à trancher. Cela vaut sans doute mieux que le retrait pur et simple des documents qui, pour l'occasion, consacrerait la suprématie du secret des affaires. Pour autant, en offrant aux parties la possibilité de fournir ce qui doit, soyons lucide, être qualifié en réalité de simples résumés ¹⁵³⁴, la Commission protège pareillement l'intérêt des entreprises à conserver secrètes des informations qui, si elles étaient révélées au public, porteraient préjudice à celles-ci. Bien évidemment, à reprendre les paroles d'un auteur, il incombera à la Commission « de veiller... à ce que ces versions soient les plus complètes et détaillées possible et n'omettent que les informations qui ne peuvent en aucun cas être communiquées tout en fournissant alors une description aussi précise que possible des informations omises » ¹⁵³⁵.

713. Une solution transposable au conflit entre droit d'accès et secret des affaires. En matière de contentieux relatif à la concurrence, un équilibre subtil paraît donc bien avoir été trouvé. D'une part, entre le droit d'accès aux informations des dossiers, et d'autre part, le droit à la préservation du secret des affaires. Comment alors ne pas relever les points de similitudes qu'ils existent entre ces procédures et les droits reconnus par la loi informatique et libertés et la directive européenne ? En effet, n'est-il pas dit dans cette dernière que le droit à la protection du secret des affaires ne doit pas aboutir, « au refus de toute information de la personne » ? Partant, ne serait-il pas opportun de faire jouer, s'agissant de l'accès aux logiques informatiques, à la CNIL le rôle que la Commission ou le Conseil de la concurrence exerce dans le domaine du contentieux concurrentiel ? Cette transposition des solutions semble toute indiquée. Et ce d'autant plus que l'on retrouve des solutions sensiblement équivalentes dans d'autres procédures.

B. Solutions offertes lors de saisies contrefaçons.

714. Un même souci de protection des intérêts en présence. En effet, en matière de contentieux de la propriété industrielle le même souci de conciliation entre la protection des intérêts du saisi (secret des affaires) et ceux du plaignant (administration de la preuve) apparaît. Le problème en cette matière et que par le biais de la saisie contrefaçon le plaignant pourrait facilement prendre connaissance d'informations jugées secrètes.

715. Les propositions de l'A.I.P.P.I. Pour éviter tout risque en ce sens l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle avait posé comme principe que : « Le tribunal doit prendre les mesures nécessaires à la protection des secrets d'affaires du contrefacteur présumé... par exemple en refusant la présence du titulaire (du droit de propriété industrielle) ou n'autorisant à assister à la visite que des experts indépendants ou des conseils soumis à des règles de confidentialité. Un délai doit être défini... pour donner au contrefacteur présumé... la possibilité de demander au tribunal

¹⁵³⁴ Sur ce point, précisément Frédéric P. LOUIS n'a d'ailleurs pas manqué de souligner qu'auparavant la Commission préférerait l'appellation « résumés non confidentiels », ce qui reflète, selon l'auteur, le caractère souvent extrêmement sommaire de ces documents. *In* étude précitée de l'auteur, page 69.

¹⁵³⁵ *Ibidem*. L'auteur ajoute à ce propos que « L'examen de la Commission... doit... à notre sens porter tout autant sur l'exhaustivité des versions non confidentielles, ainsi que sur la question de savoir si la confidentialité du document original se justifie encore ».

d'autres mesures appropriées pour protéger leurs droits et intérêts »¹⁵³⁶. Ces dernières mesures se sont traduites, en France, par la désignation d'un expert¹⁵³⁷ chargé de déterminer, lors de la saisie, les informations entrant dans le domaine du secret d'affaires. Concrètement, comment cela se passe-t-il ?

716. Le secret des affaires : objet direct de l'expertise. En fait, la démarche adoptée par les experts rejoint sur quelques points celle qui est suivie en matière de concurrence. En effet, dans un premier temps l'expert prendra purement et simplement connaissance des documents supposés secrets. Après quoi, il établira une proposition de classement, soit en séparant, dans la mesure du possible, les pièces confidentielles des pièces qui ne le sont pas, soit, dans les cas complexes, en établissant des sous-catégories de pièces confidentielles selon la matière visée (financière, technique, commercial...), soit, à l'aune de ce qui se fait en contentieux de la concurrence, en édulcorant les documents de ce qu'ils peuvent contenir de secret. Dans ce dernier cas alors il s'agira ni plus ni moins que de versions non confidentielles des pièces objet de l'expertise. Au final, les parties apprécieront si la solution proposée par l'expert est satisfaisante pour elles et, en cas de désaccord, le dernier mot reviendra au tribunal chargé de l'affaire. Ce dernier pourra ainsi, en fonction de ce classement, décider des pièces communicables aux différentes parties¹⁵³⁸. Mais, en dehors d'une saisie contrefaçon, où l'objet principal de l'expertise est le secret des affaires, il peut exister des cas¹⁵³⁹ où l'expert aura à connaître de façon incidente d'informations confidentielles.

717. Secret des affaires : incident de l'expertise. Une fois de plus la délicate question de la conciliation du droit à l'information des parties et du droit à la confidentialité des affaires se pose. Or, là encore des solutions pratiques ont été formulées. Ainsi, selon le conseiller de la mise en état de la Cour d'appel d'Amiens¹⁵⁴⁰, « S'agissant d'un litige entre sociétés commerciales, vous n'avez pas à violer le secret des affaires en communiquant à X ou Y des pièces comptables qui contiendraient des renseignements étrangers au litige en cause. Vous aurez seulement à vous conformer aux dispositions de l'article 15 du Code du commerce et à extraire des documents que vous vous serez fait représenter ce qui concerne le différend... ». Si cette solution paraît à première vue équitable, elle « n'est pas suffisante car les parties voudraient pouvoir vérifier les informations fournies à l'expert »¹⁵⁴¹. A ce titre le conseiller de la mise en état a-t-il préconisé que « Pour mieux assurer encore le principe de la contradiction, il serait loisible

¹⁵³⁶ A I P P I, question 90, « Obtention des preuves des atteintes portées aux droits de propriété industrielle », Londres, 1986, cité par Pierre VEYRON, « Le secret et les procédures juridictionnelles en matière de propriété industrielle », in journée d'études, « La propriété industrielle et le secret », précité, page 70.

¹⁵³⁷ Qui devra bien évidemment apporter les garanties d'indépendance et de confidentialité. En ce sens, voir TGI Lyon, ordonnance de référé du 22 décembre 1988, P. I. B. D., 1989, n° 450, III, page 106.

¹⁵³⁸ Sur toutes ces procédures, voir Pierre VEYRON, précité, page 71 et suivantes.

¹⁵³⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁴⁰ Décision citée par Pierre VEYRON, page 73.

à (X) et (Y) de mandater... un technicien qui assisterait à votre opération au siège de (A)... Bien entendu, pour préserver le secret des affaires, ce technicien ne devrait pas être un salarié, mais un membre d'une profession libérale, tenu au secret professionnel... »¹⁵⁴². Voilà donc une belle façon de régler le conflit entre secret des affaires et droit à l'information des parties. Nous ne pouvons le nier, notre droit offre de nombreux exemples permettant de concilier des intérêts *a priori* opposés. Il serait dommage de ne pas prendre appui sur ces derniers pour résoudre le problème du conflit d'intérêts qui nous préoccupe à savoir : l'accès aux logiques qui sous-tendent les traitements scores et experts, mais sans pour autant percer le secret des affaires des établissements de crédit concepteurs. Nous avons dit que la CNIL apparaissait, pour peser les intérêts en présence, comme l'organe rêver.

II Le rôle de la CNIL dans la résolution des conflits.

718. Rôle central de la CNIL dans la résolution du conflit d'intérêts. En effet, de par son statut garantissant son indépendance erga omnes, et sa compétence en matière informatique, elle nous paraît être la mieux placée pour régler ce type de litige (A). Au surplus, son futur rôle d'organe sanctionnateur des infractions à la loi de 1978, ne fera que donner plus d'audience à la solution qu'elle sera amenée à dégager. Or, justement sur celle-ci, il nous paraît possible d'anticiper ce à quoi elle pourrait, ou plutôt elle devrait, selon nous ressembler (B).

A Les pouvoirs de la CNIL : outil de résolution des conflits.

719. Autorité morale de la CNIL. Le statut d'autorité administrative indépendante¹⁵⁴³, d'organe régulateur de l'application de la loi, d'autorité interprétative, a placé la CNIL en position d'interlocuteur unique et incontournable pour toutes les personnes intéressées, de près ou de loin, dans un traitement informatique. Dans ce cadre, il apparaît naturel qu'au fil du temps elle ait acquis une prépondérance et une crédibilité telle dans le domaine qu'elles lui ont permis d'élaborer une véritable jurisprudence pour l'application et l'interprétation des textes¹⁵⁴⁴. Ainsi, les propos du Professeur Jean Frayssinet sont particulièrement éclairants quant au rôle joué par la CNIL en matière informatique. « Par delà le respect des dispositions de la loi, la CNIL, grâce à une véritable jurisprudence pratique... tente de discipliner, de moraliser, certaines pratiques et évolutions de la gestion des entreprises présentant des risques importants pour l'individu et l'équilibre social. Progressivement, par touches successives, cas par cas, elle conçoit une sorte de déontologie pour définir le seuil de l'acceptable et de l'inacceptable ... »¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴¹ *Ibidem*.

¹⁵⁴² *Ibidem*, page 74.

¹⁵⁴³ Article 8 alinéa 1er de la loi 6 janvier 1978.

¹⁵⁴⁴ Jean FRAYSSINET, « La loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés... », précité, page 201 *In limine*.

¹⁵⁴⁵ Jean FRAYSSINET, « L'entreprise et la loi informatique, fichiers et libertés », précité, page 30.

720. Démarche. Cette autorité morale, et la déontologie qu'elle a permis de mettre en œuvre, a pu voir le jour grâce à un certain nombre d'instruments d'action à la disposition de la CNIL (1°), et dont les recommandations constituent la pièce maîtresse. A ce titre, l'évolution prochaine que devrait connaître notre législation devrait sans aucun doute accentuer l'impact des outils d'action de la CNIL et, du même coup, asseoir un peu plus encore son rôle dans l'élaboration de la déontologie relative à la mise en œuvre des traitements informatiques (2°).

1° Les moyens d'action de la CNIL.

721. Plan. Après une présentation rapide des différents instruments dont dispose la CNIL pour faire respecter les dispositions comme celles de l'article 3, de la loi de 1978 (a./), nous nous attarderons à étudier de manière plus approfondie l'instrument particulier des recommandations (b./).

a./ Présentation.

722. Publication du rapport annuel. La publication par le biais de son rapport annuel¹⁵⁴⁶ des infractions à la lettre ou l'esprit de la loi milite en faveur du respect, par les entreprises visées, des « directives » émises par la CNIL. En effet, une mise en relief, par CNIL, d'une pratique qui s'avèrerait peu valorisante, voire négative en termes de publicité, de comportement éthique, pourrait nuire à l'image de marque, au « standing », pour reprendre un terme connu, du responsable du traitement. Il n'est en effet jamais bon pour une entreprise de se voir reconnaître, vis-à-vis des consommateurs ou des clients potentiels, comme ne respectant pas les droits fondamentaux de la personne. Cependant, le siège du pouvoir que s'est arrogé la CNIL ne se situe peut-être pas dans ces dernières applications, mais, nous semble-t-il, est plutôt à rechercher du côté d'une carence législative face à l'évolution des capacités et de l'utilisation de l'outil informatique.

723. Autorité née de l'évolution technologique. Il est vrai qu'à l'origine de la loi de 1978 il s'agissait essentiellement de répondre aux traitements de masse des informations nominatives qui ne subissaient alors aucune action de retraitement fine. On avait affaire à une gestion essentiellement quantitative des données¹⁵⁴⁷. Mais, aujourd'hui il est également question, de plus en plus, des traitements dits qualitatifs. C'est-à-dire des traitements qui ne se contentent pas de gérer des données brutes, mais qui opèrent de véritables tris, croisements, retraitements et transformations des informations d'origines, afin d'aboutir à des résultats censés définir le comportement, la personnalité, les capacités de l'individu. Nous devons reconnaître que la loi de 1978 avait largement perçu, notamment au travers l'article 2, les risques de dépersonnalisation qu'engendreraient de telles manipulations informatiques. Cependant, comme nous l'avons souligné, cette disposition énoncée sous forme de principe général, n'a pas été suivie de règles précises permettant son application effective. La CNIL n'avait donc d'autre choix que de s'appuyer, habilement, sur la loi de 1978 pour, « Bloquer certaines applications, freiner des

¹⁵⁴⁶ Article 23 de la loi de 1978. « La commission présente chaque année au Président de la République et au Parlement un rapport rendant compte de l'exécution de sa mission. Ce rapport est publié ».

¹⁵⁴⁷ Gestion du personnel, de la comptabilité, des clients...

tendances inquiétantes, discipliner les pratiques nouvelles »¹⁵⁴⁸. En somme élaborer une véritable déontologie grâce à la technique des recommandations, souvent d'ailleurs en accord avec les responsables des traitements, mais parfois également, envers et contre un corps professionnel.

724. Une déontologie établie non sans difficultés. En cette dernière hypothèse, l'illustration nous a été fournie à plusieurs reprises¹⁵⁴⁹, et plus particulièrement dans le domaine qui nous intéresse, le traitement informatique concernant la gestion des crédits ou des prêts distribués à des personnes physiques¹⁵⁵⁰. En cette matière, spécifique, la CNIL est apparue comme l'organe naturel devant fixer le cadre juridique applicable à l'activité bancaire face à une loi qui se voulait avant tout générale. Face à ce « déficit d'effectivité »¹⁵⁵¹ de la loi, la CNIL a multiplié les recommandations dans le but, inavoué, d'imposer une autodiscipline¹⁵⁵².

725. Préférant la conciliation à la dénonciation des faits au parquet, la CNIL a élaboré doucement, mais sûrement, une doctrine qui fait autorité dans le domaine. Les avis, les conseils qu'elle promulgue dans les recommandations s'installent et s'imposent de fait aux différents protagonistes. On est ainsi passé « D'une loi formelle à des standards, des principes directeurs, des directives, des conseils fortement conseillés »¹⁵⁵³. Il s'agit là d'une véritable, « soft law » qui a été mise en place par la CNIL¹⁵⁵⁴, augmentant, *de facto*, le pouvoir qui lui est conféré *de lege lata*. Dans son champ d'action la CNIL ne se satisferait plus de contrôler ou d'interpréter la loi, mais ferait véritablement

¹⁵⁴⁸ Jean FRAYSSINET, précité, page 31.

¹⁵⁴⁹ Arrêt du Conseil d'État précité, S.A Chopin et Cie et autres.

¹⁵⁵⁰ Recours de plusieurs organismes représentatifs des professionnels du crédit (ASF, AFEC, AFB) pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État suite aux Délibérations 88 - 14 et 88 - 15 du 30 avril 1985 portant adoption de deux recommandations relatives à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit. Cependant, le Conseil d'État n'aura pas eu à statuer puisque les recours seront retirés, la CNIL ayant accepté de modifier sa position par l'adoption des Recommandations n° 88 - 82 et 88 - 83 du 5 juillet 1988. Sur la Recommandation du 30 avril 1985, voir 6e rapport de la CNIL, documentation française, pages 298 à 302 ; sur la Recommandation du 5 juillet 1988, voir 9e rapport d'activité de la CNIL, pages 381 à 383 et pages 399 et 400. Voir sur cette genèse quelque peu alambiquée, Raymond GASSIN, « La nationalité des demandeurs de prêts et le banquier dispensateur de crédit », LAMY, « Droit de l'informatique et des réseaux », n° 145, mars 2002, page 2.

¹⁵⁵¹ « Inadapté au passage à la micro informatique privée et démocratisée, le dispositif de la loi du 6 janvier 1978 a, en conséquence, souffert d'un déficit d'effectivité » ; rapport du député Gérard GOUZES, n° 3526, sur le projet de loi (n° 3250), relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78 - 17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, page 12.

¹⁵⁵² ... aux acteurs de ce secteur d'activité.

¹⁵⁵³ *Ibidem*, page 31.

¹⁵⁵⁴ « On passerait, si on peut dire, d'une loi dure à une loi molle », *ibidem*.

oeuvre de création du droit. Elle « ajouterait ainsi sa vision à celle du législateur, combinant le raisonnement juridique avec une approche tenant compte du contexte économique, social après négociation avec les représentants des secteurs concernés »¹⁵⁵⁵. Mais, l'usage de ces recommandations peut-il servir de base suffisamment solide pour permettre à la CNIL d'imposer sa conception aux établissements de crédit ? La réponse à cette question nécessite que l'on se penche au préalable sur la nature juridique de ces dernières.

b./ La place prépondérante des recommandations.

726. Plan. Par principe, les recommandations de la CNIL n'ont pas d'effet contraignant envers ceux à qui elle s'adresse (b-1). C'est dire qu'en pure théorie les établissements de crédit sont en droit de ne pas tenir compte de leur contenu. Cependant, outre le fait qu'en pratique elles ont acquis une véritable audience chez ces établissements de crédit, une certaine jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas hésité à les élever en véritable norme juridique contraignante (b-2).

b-1 Principe : effet non contraignant des recommandations de la CNIL.

727. Doctrine. En effet, selon une certaine partie de la doctrine, les avis, recommandations de la CNIL n'ont qu'un caractère interprétatif de la loi de 1978 et ne créent pas du droit. Ainsi, selon Herbert MAISL, « Dans l'esprit de la Commission, il ne s'agit pas de la manifestation d'un pouvoir réglementaire ; l'objectif est de donner, sous le contrôle des juridictions compétentes, une interprétation des dispositions de la loi et de conseiller une conduite à observer dans certaines conditions »¹⁵⁵⁶. Les destinataires de ce type d'acte seraient donc libres de la suivre. Ainsi, selon ce même auteur, « Si la CNIL considère qu'un conseil non suivi est de nature à constituer une infraction, il lui est loisible de saisir le parquet qui appréciera »¹⁵⁵⁷. C'est là admettre que le seul caractère contraignant pour les destinataires se trouve dans la possibilité, pour la CNIL, de dénoncer les faits au parquet. Selon cette conception, en elles même, les recommandations de la CNIL ne font pas grief¹⁵⁵⁸. Un arrêt du Conseil d'État du 27 septembre 1989 est très vite venu confirmer cette analyse¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁶ Herbert MAISL, « La protection des données personnelles : aspects de droit public français », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987/3, page 564. Voir aussi Jean FRAYSSINET, *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 1987 - 1, pages 201 et 204.

¹⁵⁵⁷ *Ibidem*, page 565 *in limine*.

¹⁵⁵⁸ On relèvera cependant la remarque de l'auteur s'agissant de la recommandation de la CNIL 30 avril 1985 relative à la gestion des crédits ou des prêts qui avait fait l'objet d'une demande d'annulation devant le Conseil d'Etat. « Les requérants, nous dit l'auteur, soutiennent que la CNIL a, en réalité, fixé par voie réglementaire des règles nouvelles à caractère impératif et qu'elle était incompétente pour les définir ». Ces recommandations sont-elles de simples conseils de conduite ou sont-elles des normes à valeur impérative ? s'interroge l'auteur. Et à ce dernier de répondre que, « La CNIL ne dispose pas de pouvoir de sanction propre, elle ne peut qu'adresser des avertissements... ou alors saisir le Parquet ». *Ibidem* ; voir aussi pages 554.

¹⁵⁵⁹ Arrêt SA Chopin et Cie JCP (G), 1990, II, n° 21525, note Jean FRAYSSINET.

728. Jurisprudence. En effet, selon la Haute juridiction administrative le texte de la CNIL, « se borne, après avoir rappelé les dispositions législatives applicables, à donner une interprétation de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978... et recommander aux professionnels de la location de fichiers ... la mise en oeuvre de mesures permettant d'assurer le respect des dispositions de cette loi ». Elle a conclu que n'était pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir, comme ne constituant pas une décision administrative faisant grief, la recommandation qui se borne à une telle interprétation. Ainsi que l'a fort justement souligné le commentateur de l'arrêt, « La recommandation est perçue par ses destinataires au minimum comme une norme de fait ... elle est même parfois considérée à tort comme une véritable norme de droit »¹⁵⁶⁰. La CNIL, elle, ne s'y était pas trompée puisque dans cette affaire elle avait opposé en défense l'exception d'irrecevabilité du recours intenté. Dès lors, il faut conclure que pour la CNIL, elle-même, ses recommandations n'ont pas de caractère contraignant. Dans ces conditions, comment assurer l'application effective des mesures édictées à l'article 3 ? Qu'est-ce qui pourrait empêcher les établissements de crédit de faire fi de l'avis de la CNIL dans le domaine des décisions automatisées, et dont on sait qu'elle n'accepte pas que les établissements de crédit bloquent l'accès à leurs systèmes sous prétexte de protéger leur secret d'affaires ? Rien, si ce n'est peut-être la dénonciation au parquet des faits, rappelons-le, dépourvus de sanction propre. Le constat qui vient d'être dressé apparaît, *a priori*, bien noir et ne laisse présager rien de positif s'agissant de la mise en oeuvre effective des dispositions de l'article 3. Néanmoins, s'arrêter à cette analyse reviendrait à adopter une vue partielle des pouvoirs dont dispose la CNIL pour faire respecter les principes édictés dans la loi.

b-2 Atténuation du principe.

729. Problématique. Autrement dit, par ses recommandations la CNIL ne fixe-t-elle pas, par voie réglementaire, des règles nouvelles à caractère impératif, dont elle est pourtant, du moins considérerait-on, incompétente pour les définir. La problématique est donc simple de formulation : les recommandations sont-elles de simples conseils de conduite ou sont-elles devenues de véritables normes à valeur impérative ? La réponse à cette question n'est pas anodine, quant à la capacité de la CNIL à assurer effectivement et pratiquement l'efficacité de la loi, et notamment des dispositions de principe telles que celles énoncées aux articles 2 et 3. En effet, si cette forme d'action fait grief, alors force sera de reconnaître que les établissements de crédit devront en appliquer le contenu. Sur ce point précis une décision particulièrement importante et symptomatique des difficultés engendrées par le raisonnement juridique adopté par la CNIL dans ses recommandations, est apportée par l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 30 octobre 2001¹⁵⁶¹.

730. Jurisprudence et caractère contraignant des recommandations. Selon la Haute cour les choses sont sans équivoque en admettant le recours pour excès de pouvoir recevable. Les motifs à l'appui sont également clairs. C'est parce que, nous citons

¹⁵⁶⁰ Jean FRAYSSINET, précité, n° 19 et suivants.

¹⁵⁶¹ Les circonstances et le fond de cette décision ayant été étudiés en détail nous renvoyons donc le lecteur à nos précédents développements, *supra* n° 360 et suivants, afin de nous consacrer uniquement à la forme.

l'arrêt, « Il ressort des termes mêmes de la délibération attaquée, et notamment de son dispositif, qu'elle ne se borne pas à commenter les règles que la CNIL a pour mission de mettre en oeuvre, mais qu'elle ajoute à l'ordonnancement juridique ». Par cette formule, les juges ont mis à jour le rôle de créateur de normes juridiques contraignantes que s'est subtilement arrogée la CNIL au cours du temps. Dès lors, il nous est possible de dire qu'à côté des recommandations interprétatives de la loi de 1978¹⁵⁶², il existe des recommandations créatrices de droit. Celles-ci ne se limitent donc pas à expliquer l'ordre juridique établi, mais ajoutent à celui-ci soit parce que son interprétation dénature le sens et la portée de la loi, soit parce qu'elles imposent directement aux personnes visées des obligations ou des interdictions nouvelles qui ne peuvent être déduites des textes en vigueur¹⁵⁶³. Ceci ne peut que nous inciter à prendre le contre-pied de la formule du Professeur Jean FRAYSSINET¹⁵⁶⁴ en tenant pour établi que ce type de recommandation accède au rang de : « norme de droit ».

731. Une consécration et une pratique contra legem. La solution est critiquable car comme l'avait signalé les auteurs du recours, le pouvoir normatif de la CNIL est strictement cantonné à l'élaboration de son règlement intérieur, des normes simplifiées et des règlements type de sécurité¹⁵⁶⁵. Nulle part, dans la loi de 1978, il est question de faire entrer les recommandations dans l'une de ces catégories. Le terme même de recommandation n'invite-t-il pas à cette conclusion ?¹⁵⁶⁶ Reste que la Haute autorité administrative en a décidé autrement lorsque la nature juridique du contenu (règle créatrice d'obligations ou d'interdictions)¹⁵⁶⁷ diffère du contenant (Recommandation). Quoiqu'il en soit, la décision ajoute un peu plus aux attributions de la CNIL, ce qui ne peut que renforcer sa capacité à faire respecter les dispositions de la loi aux protagonistes.

732. Une consécration et une pratique utile. L'avancée est à ce titre particulièrement significative lorsqu'il s'agit de dispositions sans sanction spécifique, telles

¹⁵⁶² Qui correspondent aux recommandations qui se bornent à rappeler l'existence et le contenu de règles de droit préexistantes, en invitant les personnes concernées à s'y soumettre, mais scrupuleusement sans rien adjoindre à l'ordre juridique existant, à l'image de ce qu'avait décidé le Conseil d'Etat dans l'affaire SA Chopin précitée.

¹⁵⁶³ Voir sur ce point, Raymond GASSIN, « La nationalité du demandeur de prêt et le banquier dispensateur de crédit », LAMY Droit de l'informatique et des réseaux, n° 145, mars 2002, page 3, n° 6 - 1), 3e colonne.

¹⁵⁶⁴ Voir *supra* n° 728.

¹⁵⁶⁵ Voir *supra* n° 358.

¹⁵⁶⁶ Visiblement, il semble que dans l'esprit du législateur il en soit toujours ainsi puisque selon le rapporteur de la commission des lois, « La CNIL peut également procéder par voie de recommandations, lesquelles n'ont pas d'effet contraignant mais orientent l'action ... des responsables de traitements », rapport Gérard GOUZES, précité, page 31. ([http : //www.assemblée-nationale.fr/rapports/r_3526. asp](http://www.assemblée-nationale.fr/rapports/r_3526.asp)).

¹⁵⁶⁷ Pour une analyse détaillée du critère de la recevabilité du recours, voir Raymond GASSIN, précité, pages 4 et 5, notamment n° 10 et 14.

que celles de l'article 3. Cependant on peut penser qu'avec la future loi de transposition la question perdra en intérêt. Certes, le problème restera identique, puisque le législateur n'a pas songé à introduire, dans les textes répressifs une censure spécifique à l'article 3. Nonobstant, nous pouvons affirmer que cet oubli n'est plus un obstacle. En effet, la CNIL dispose dorénavant d'une « arme absolue », le pouvoir de sanction pécuniaire.

2° Une consécration et une pratique renforcée par les pouvoirs de sanction de la CNIL.

733. Texte. Selon l'article 45 – I du projet de loi, la CNIL « peut... mettre en demeure (le) responsable de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'elle fixe. Si le responsable... ne se conforme pas à la mise en demeure... la commission peut prononcer à son encontre... les sanctions suivantes :

- Une sanction pécuniaire ; 1.
- Une injonction de cesser le traitement [...]. 2.

Elle peut même, « en cas d'urgence, (c'est-à-dire), lorsque la mise en oeuvre d'un traitement ou l'exploitation des données... entraîne une violation des droits et libertés », de l'article 1^{er}, « 1° Décider l'interruption de la mise en oeuvre du traitement ». Ces nouvelles compétences, qui relèvent de la formation restreinte de la CNIL¹⁵⁶⁸, améliorent très sensiblement la force d'action de la CNIL.

734. Une amélioration de la capacité d'action de la CNIL. En effet, outre son attribution visant à adresser des avertissements, celle-ci pourra, dans un premier temps, mettre en demeure le responsable en vue de se conformer à la législation, puis, dans un second temps, si le résultat reste infructueux, prononcer une sanction pécuniaire. Avant même toute mise en oeuvre effective de ce que sera la nouvelle loi, on peut voir dans cette dernière attribution un moyen très efficace pour la CNIL d'asseoir encore un peu plus son autorité envers les responsables des traitements. En effet, selon nous, c'est sans nul doute dans ce pouvoir de sanction pécuniaire que se situe la véritable révolution¹⁵⁶⁹. Il n'est assurément pas nécessaire d'avoir le don d'un devin pour prévoir que la seule menace de l'éventuelle application de la sanction fera l'effet d'une épée de Damoclès brandie au-dessus des responsables des traitements.

735. Des recommandations davantage contraignantes. Corrélativement, il n'est non plus pas difficile de percevoir que la portée, de fait, des recommandations, avis et conseils de la CNIL, s'accroîtra de manière encore plus significative qu'auparavant. Cette nouvelle donne juridique ne pourra qu'œuvrer dans le sens d'une meilleure effectivité des dispositions protectrices des citoyens, fichés ou clients. Ceci nous semble particulièrement vrai s'agissant de la règle édictée à l'article 3 qui pourra se voir sanctionner par la voie de l'article 45 - I - 1° du projet de loi. Le caractère dissuasif n'est

¹⁵⁶⁸ Article 17 du projet de loi précité.

¹⁵⁶⁹ Car, somme toute, beaucoup de dispositions de la directive étaient déjà prévues par la loi de 1978. Voir, pour s'en apercevoir, rapport Gérard GOUZES, précité, et notamment le tableau comparatif établi par Ariane MOLE, page 75 et suivantes.

pas mince puisque selon l'article 47 du projet de loi, le montant de la sanction pourra s'élever à 150.000 euros en cas de premier manquement aux textes en vigueur¹⁵⁷⁰. Au surplus, on pourra remarquer que l'article 46 alinéa 2 prévoit que « La commission peut décider de rendre publique les sanctions qu'elle prononce ».

736. Publication des sanctions. Cette dernière opportunité, discrétionnaire, peut être regardée comme une véritable sanction bis, si l'on en croit l'image de confiance que tentent de véhiculer les établissements de crédit, notamment en matière de sécurité informatique. Or, même si les sanctions sont prononcées dans le cadre de l'article 2 ou 3, très peu connu du grand public, les risques d'assimilation aux autres traitements informatiques utilisés par les établissements de crédit en question ne sont pas à exclure. Cet état pourrait ainsi, indirectement, porter atteinte à la confiance du public en l'institution visée. Au terme de ce dernier développement on peut donc s'apercevoir du précieux apport que constitue le pouvoir de sanction pécuniaire de la CNIL en vue d'une application effective des dispositions comme celle de l'article 3. C'est donc sans nul doute à elle que reviendra la mission d'étudier les solutions envisageables en vue de concilier les intérêts des établissements de crédit et des demandeurs de crédit.

B Technique de résolution du conflit :

737. Démarche. Afin d'harmoniser le souci de protection des intérêts légitimes des établissements de crédit (droits d'auteur et secret des affaires, notamment), avec le droit reconnu aux demandeurs de crédit d'accéder aux informations et aux raisonnements scores, il n'est pas interdit, comme l'avait fait le Commissaire canadien, de comparer les inconvénients et les avantages, pour l'une et l'autre des parties, de l'accès ou du refus d'accès au cœur du système (1°). Par ce biais, la CNIL pourrait ainsi, grâce notamment à la pratique des versions confidentielles, parfaitement concilier les règles et les intérêts divergents en présence (2°).

1° La comparaison des avantages liés à l'accès ou au refus d'accès.

738. Problématique. En somme, de quoi s'agit-il en l'espèce ? De confronter l'intérêt des établissements de crédit à conserver secrètes les informations à la base des scores, voire les informations-résultats qui en sont issues, à l'intérêt des demandeurs de crédit évincés à accéder à ces mêmes informations. Or, cet exercice ne reviendrait-il pas à apprécier l'avantage que procurera l'accès à ces informations par rapport aux inconvénients qui pourraient corrélativement en résulter pour les établissements de crédit ? La problématique ainsi posée n'est pas inédite.

a./ Le bénéfice réel de l'accès aux informations.

739. L'exemple canadien. En effet, c'est précisément à partir de la réponse à cette question que le Commissaire du Canada a pu décider du sort à réserver à la prétention

¹⁵⁷⁰ Article 47, « Le montant de la sanction pécuniaire... est proportionné à la gravité des manquements commis et aux avantages tirés de ce manquement. Lors du premier manquement, il ne peut excéder 150.000 euros. En cas de manquements réitérés dans les cinq années à compter de la date à laquelle la sanction pécuniaire... est devenue définitive, il ne peut excéder 300.000 euros ou 5% du chiffre d'affaires ».

du demandeur de crédit refoulé. Ainsi, a-t-il déduit la solution au litige qui opposait ce dernier à l'établissement de crédit par comparaison du bénéfice que retirerait le plaignant de l'accès à sa note au désavantage économique qui résulterait de sa communication. Sur la question du bénéfice nous dit le Commissaire, « Je suis incapable de voir comment la notation du crédit interne en elle-même peut être d'un quelconque bénéfice réel et authentique à la personne qui le demande, en autant que la banque fournisse une explication de la manière que la réputation de solvabilité est perçue, et sache pourquoi le crédit a été refusé ou limité ». De là il peut être retenu qu'en pratique l'accès à la note ou même aux logiques sera de peu d'utilité pour la personne à défaut d'explications précises sur la signification, en termes de dignité, de ces informations. Ce critère du bénéfice réel pour le demandeur de crédit avait d'ailleurs déjà fait l'objet d'une même réflexion aux États-Unis.

740. L'exemple des USA. Ainsi, sous la pression des autorités, une majorité des banques américaines avaient proposé d'inclure dans la loi ¹⁵⁷¹ une disposition spécifique permettant aux personnes de connaître toute information concernant la méthode des scores, critères et points affectés à chacun d'eux. Cependant, la majorité des associations de consommation, ainsi que les organismes chargés de l'application de la loi, avaient, quant à eux, jugé qu'une telle mesure ne ferait, en fait, qu'apporter la confusion dans les esprits des demandeurs de crédit, plutôt que leur offrir les moyens de comprendre leur classement ¹⁵⁷². Il est vrai, de l'avis des banques, qu'une telle mesure n'aiderait que très faiblement les personnes à saisir leur « standing » financier. Ceci pour au moins deux raisons. D'une part, les scores sont variables suivant l'offre de crédit, et d'autre part, ils n'ont aucun caractère stable ni dans le temps, ni dans l'espace puisque chaque établissement de crédit adopte ses propres critères. Si donc la communication des informations à la base de traitements scores ou experts et de leurs résultats n'apporte, en elle-même, qu'un maigre bénéfice à la personne pourquoi en exiger la transparence ? Car, à côté il semble que les inconvénients, au regard du secret d'affaires, d'une telle communication soient, eux, bien réels.

b./ Les inconvénients du droit d'accès pour le banquier.

741. L'atteinte aux intérêts du banquier : un risque certain. Le Commissaire du Canada n'a pas manqué de souligner la réalité du préjudice qui pourrait résulter d'une divulgation à l'extérieur de ces modèles. Sur ce, nous dit-il, la banque en question « a mis de l'avant un cas irréfutable que des dommages importants concurrentiels ou relatifs à la fraude pourraient survenir par la suite de la communication de ce qu'elle considère comme des renseignements commerciaux confidentiels ». La solution au conflit d'intérêts qui peut naître de l'usage des articles 2 et 3 de la loi doit, selon nous, être recherchée dans la mise en balance de ces deux considérations. Bien sûr on pourrait rétorquer que la loi de 1978 ne conditionne pas l'exercice des droits qui sont reconnus à la démonstration d'un avantage pour les personnes. Cependant, le but de cette loi, et encore plus de la directive ¹⁵⁷³, n'est-il pas d'établir un équilibre entre, d'une part, le droit à la protection des

¹⁵⁷¹ En l'occurrence le *Fair Credit Reporting Act* de 1970, *Public Law*, n° 91.508,15 USc, §§ 1681 - 1681c.

¹⁵⁷² Voir sur ce point site Internet <http://www.credit-scoring.com/>, rubrique, « The Laws ».

libertés fondamentales et de la vie privée des personnes, et d'autre part, l'intérêt des entreprises à recueillir, utiliser des renseignements relatifs aux personnes dans un but légitime et licite ? ¹⁵⁷⁴ Le Commissaire du Canada n'a pas, dans ses conclusions, « discerner de dommages importants aux droits de la protection des renseignements personnels... des canadiens... qui proviendraient de l'impossibilité d'obtenir accès aux notations de crédit internes », ni de « bénéfice réel » d'accès à ces mêmes notations. A l'inverse, du côté des établissements de crédit il existe bien, selon lui, « une crainte raisonnable de dommages importants ». C'est pourquoi, il a conclu que la personne ne pourrait avoir droit à la communication de sa notation de crédit. Pour notre part, nous pensons que si un tel litige devait survenir en France, une telle solution serait opportune plutôt que de, comme l'avait fait la CNIL en matière de segmentation, balayer d'un coup de phrase l'obstacle du secret des affaires ¹⁵⁷⁵. Il nous semble évident et regrettable que, « La CNIL ne prend manifestement pas en compte les contraintes en présence et les intérêts conflictuels du droit à l'information d'une part et du secret des affaires et de la protection du savoir-faire d'autre part » ¹⁵⁷⁶. Pourtant, à regarder les modalités de déclaration des traitements scores, ainsi que le statut particulier de la CNIL, il apparaît que la loi offre les moyens de concilier en toute sérénité ces intérêts divergents.

2° Les outils de la résolution du conflit d'intérêts.

742. Les principes applicables lors de la déclaration des traitements. En effet, nous savons que de par la loi les établissements de crédit sont obligés de faire une déclaration de leurs traitements scores ou experts. Or, ces derniers faisant partie de ceux que la CNIL considère comme sensible au plan des libertés et des droits des individus, les établissements de crédit doivent passer par la déclaration ordinaire. Nous savons également que dans cette dernière, les établissements de crédit en question devront fournir une somme de renseignements relatifs au traitement. Or, parmi ces derniers, et dans le cas précis des systèmes d'aide à la décision, la CNIL exige ¹⁵⁷⁷ que lui soit fourni,

¹⁵⁷³ Considérants n° 2, 41 et 42.

¹⁵⁷⁴ Sur ce point, à l'occasion de la transposition de la directive 95/46/CE, le Garde des Sceaux a été clair en relevant que depuis 1978, « Les problématiques se sont diversifiées et c'est au regard de la liberté d'expression, de communication, mais aussi de la liberté du commerce et de l'industrie, que doivent désormais, également, s'apprécier les équilibres à trouver », JO débats, Assemblée nationale, séance du 30 janvier 2002.

¹⁵⁷⁵ En effet, de l'avis d'Isabelle GAVANON, « Contrairement à ce que fait la CNIL, qui exclut purement et simplement l'intérêt économique et commerciale de l'entreprise, ne serait-il pas souhaitable de chercher à concilier les droits établis dans la loi avec l'intérêt économique et commerciale des banques et la protection de leurs investissements », étude précitée, Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1993/4, page 79, 2e colonne.

¹⁵⁷⁶ *Ibidem*, pages 79 et 80.

¹⁵⁷⁷ Voir en ce sens, commentaires relatifs à la norme simplifiée n° 13, précité, 5e rapport d'activité de la CNIL, page 32 ; voir aussi 6e rapport d'activité de la CNIL, page 298, relatif à la délibération n° 85 - 15 du 30 avril 1985 ; de même que le 8e rapport d'activité de la CNIL, page 382, à propos de la délibération 88 - 83 du 5 juillet 1988.

« Une annexe confidentielle donnant pour chaque variable utilisée une fourchette de ses valeurs extrêmes »¹⁵⁷⁸. La CNIL a par ailleurs bien précisé sur ce point que « Les organismes de crédit doivent communiquer à la Commission, sans que le secret des affaires soit opposable, les raisonnements utilisés pour le calcul du score »¹⁵⁷⁹.

743. Un secret des affaires inapplicable à la CNIL. Effectivement il ne semble pas que, contrairement aux individus, le motif tiré du secret des affaires soit opposable à la CNIL. Cette dernière est investie d'une mission légale de contrôle. Ainsi, dans le cadre des traitements scores la communication des paramètres du score ainsi que des grilles de pondération devra permettre à la CNIL « de vérifier que la nature et la pondération des informations nominatives utilisées... ne créent pas, à situation financière identique, des discriminations fondées sur des critères sans lien avec la solvabilité des demandeurs de crédit »¹⁵⁸⁰. La possibilité d'opposer à la CNIL le secret des affaires serait donc négateur d'efficacité du dispositif légal. Sur ce point, le Professeur François RigauX a émis l'idée que « La surveillance des divers traitements informatiques doit être confiée à une autorité indépendante face à laquelle les autorités administratives et les maîtres de fichiers informatisés privés ne puissent se prévaloir d'aucun droit au secret »¹⁵⁸¹.

744. La CNIL : un organe soumis au secret professionnel. Cette solution s'impose davantage encore que d'après l'article 12 de la loi de 1978¹⁵⁸² « Les membres et les agents de la commission sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions... ». Cette dernière obligation assure ainsi tout risque de divulgation des modèles à l'extérieur. Dès lors, en cas de saisie de la CNIL par un demandeur de crédit insatisfait, celle-ci pourrait fort bien, au même titre que le président du Conseil de la concurrence ou du juge de la contrefaçon, expurger les modèles qu'elle a reçu dans le cadre de sa mission de toute information susceptible de porter atteinte aux intérêts économiques des établissements de crédit inquiets.

745. L'usage des versions non confidentielles. Pour l'y aider la Commission pourrait alors se faire assister d'experts comme l'y autorise la loi¹⁵⁸³. Ces derniers auraient, dans le cadre de cette procédure, pour mission d'examiner le contenu des modèles de scores afin de déterminer les informations sensibles au plan des intérêts économiques et commerciaux de l'établissement de crédit en question. Sur la base de

¹⁵⁷⁸ Voir annexe 12.1 de la CNIL.

¹⁵⁷⁹ Sixième rapport d'activité de la CNIL, page 84 ; Sophie GDJIDARA, « L'endettement et le droit privé », précité, n° 309, page 256.

¹⁵⁸⁰ Sophie NERBONNE, « La technique du score sous surveillance », Revue Banque, 1998, n° 595, page 37.

¹⁵⁸¹ François RIGAUX, « La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité », Bruylant, L.G.D.J., 1990, n° 532, page 592.

¹⁵⁸² Article 20 du projet de loi de transposition.

¹⁵⁸³ Article 21.2° de loi de 1978.

l'expertise, la CNIL pourrait alors décider d'autoriser les établissements de crédit à présenter à la personne une « version non confidentielle » du modèle utilisé. Bien entendu, pour éviter tout risque d'abus de la part de l'établissement de crédit, cette version devra être établie par l'expert et non par le responsable du traitement concerné. Une telle solution n'est pas inimaginable, elle a d'ailleurs fait l'objet d'une mesure spécifique dans la loi sur la protection des renseignements personnels du Canada.

746. L'exemple canadien des versions non confidentielles. En effet, en son article 9 (3) il est précisé dans un premier temps que « L'organisation n'est pas tenue de communiquer à l'intéressé des renseignements personnels dans les cas où... b) la communication révélerait des renseignements commerciaux confidentiels ». Cependant, dans un second temps, la loi limite l'exception en précisant que « Si les renseignements commerciaux confidentiels... peuvent être retranchés du document en cause, l'organisation est tenue de faire la communication en retranchant ces renseignements ». A défaut d'être intégrée de façon expresse dans notre dispositif législatif une telle mesure pourrait fort bien découler de l'exercice des compétences de la CNIL.

747. Secret bancaire et exercice de la mission de la CNIL. Un obstacle théorique pourrait en revanche limiter la capacité d'exercice de la Commission. En effet, de l'avis de certains ¹⁵⁸⁴, les établissements de crédit étant tenus au secret professionnel, il ne leur serait pas possible de communiquer à la CNIL l'application score d'une personne déterminée. Il est vrai que comme le relève justement Jean-Luc DUFOURNAUD, la loi bancaire de 1984, texte postérieur à la loi de 1978, édicte limitativement les cas de dérogation à l'obligation de secret professionnel. Or, dans cette liste ne figure effectivement pas, parmi les organes auxquels le secret est inopposable, la CNIL. Certes une disposition légale écartant expressément le secret professionnel peut ajouter un cas de dérogation à la liste de l'article L. 511 - 33 du Code monétaire et financier. Mais s'agissant de la CNIL, cette disposition expresse n'existe apparemment pas. Et, il ne semble pas que la formule de l'article 21 prévoyant que « Les ministres... et plus généralement les détenteurs ou utilisateurs de fichiers nominatifs ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres pour quelque motif que ce soit ... » révèle ce caractère exprès ¹⁵⁸⁵. Le projet de loi de transposition paraît d'ailleurs confirmer l'analyse ¹⁵⁸⁶ puisqu'il est dit sans équivoque à l'article 21 alinéa 2 que, « Sauf dans les cas où elles sont astreintes au secret professionnel, les personnes interrogées dans le cadre des vérifications faites par la commission en application du f du 1° de l'article 11 sont tenus de fournir les renseignements demandés par celle-ci pour l'exercice de ses missions » ¹⁵⁸⁷. Nous devons donc conclure que si l'hypothèse se trouve remplie, cas des

¹⁵⁸⁴ Jean-Luc DUFOURNAUD, « Informatique et libertés : les banques et le traitement des données », précité, page 53.

¹⁵⁸⁵ *Ibidem*. L'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 13 janvier 1992 confirme la position en décidant qu'« aucune disposition de la loi du 6 janvier 1978 ne peut être considérée comme écartant l'application de l'article 378 » de l'ancien Code pénal relatif au secret professionnel.

¹⁵⁸⁷ L'article 11.1° f) prévoit que la Commission, « peut, par décision particulière, charger un ou plusieurs de ses membres ou des agents de ses services... de procéder à des vérifications portant sur tous traitements et, le cas échéant, d'obtenir des copies de tous documents ou supports d'informations utiles à ses missions ».

établissements de crédit, ces derniers seront en droit d'opposer le secret professionnel pour refuser de fournir certains renseignements. Il est alors évident qu'entre l'obligation de ne pas entraver la mission de la CNIL¹⁵⁸⁸ et l'obligation au secret professionnel, les établissements de crédit auront bien des difficultés à respecter les deux textes. Cependant, étant saisi par le demandeur de crédit celui-ci pourra délier les établissements de crédit de son obligation au secret pour les informations le concernant.

748. Détermination du niveau d'information souhaitable. La CNIL, en autorisant les établissements de crédit à ne pas tout dévoiler de leurs modèles aux demandeurs de crédit déçus, devra nécessairement déterminer le niveau d'information souhaitable pour satisfaire à ce que la loi accorde par ailleurs à la personne. Cette dernière a droit, ne l'oublions pas, et cela doit rester le principe, à un accès aux raisonnements informatiques. En d'autres termes, la transparence voulue en la matière étant trop exigeante (au regard des intérêts économiques des établissements de crédit, qu'il faut également protéger), pour être totalement respectée, la CNIL n'aura d'autre choix que de se prononcer sur la signification que doit prendre la mesure sur l'échelle du droit à l'information des personnes. Or, sur ce point encore, la référence à la décision du Commissaire du Canada s'impose.

749. L'exemple canadien : le refus d'accès à la note compensé par une information équivalente. Ce dernier n'a en effet refusé l'accès de la personne à sa note qu'en affirmant que « La plaignante demeure justifiée d'obtenir de la banque une explication, complète et satisfaisante en des termes compréhensibles, de toute décision que la banque peut prendre à son égard, incluant l'indication qu'elle a utilisé une notation de crédit interne en prenant la décision ».

750. Une solution transposable en France. Certes on pourrait dire qu'en France la solution est quelque peu différente, la personne ayant un droit d'accès aux logiques mêmes et non pas seulement aux informations nominatives comme au Canada. Cependant, nous savons également que le secret des affaires pourrait bloquer l'accès, au moins pour les informations confidentielles¹⁵⁸⁹, à ces raisonnements. Dans ce cadre, il

¹⁵⁸⁶ Certaines dispositions de la loi n° 2001 - 1168 du 11 novembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JO n° 288 du 12 décembre 2001, article L. 312 - 1 - 2.II, règlent de façon expresse la question et ce, pour des dispositions similaires à celles de la loi de 1978. Ainsi, nous est-il dit à cet article que les agents de la Banque de France, « peuvent accéder à tous les locaux à usage professionnel et demander la communication des livres et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications [...]. Le secret professionnel ne peut être opposé aux agents dans le cadre des pouvoirs qui leur sont conférés par le présent article ». Lorsqu'il le souhaite, le législateur lève donc expressément l'obligation au secret professionnel à laquelle les établissements de crédit sont tenus. S'il ne l'a pas fait lors de l'adoption de la loi bancaire du 24 janvier 1984, et plus tard à l'occasion du vote de la loi NRE de mai 2001, c'est donc qu'il n'a pas entendu délier le secteur bancaire de cette obligation à laquelle il reste tenu envers les membres de la CNIL.

¹⁵⁸⁸ Pénalement sanctionnée, article 43 de la loi de 1978, et article 51 du projet de loi de transposition de la directive.

¹⁵⁸⁹ Nous ferons remarquer que du simple fait des risques de fraude les informations relatives aux critères et aux pondérations pourraient fort légitimement en faire partie. Ceci viderait, pour large partie, l'intérêt à recourir à l'article 3.

serait logique qu'en contrepartie les personnes puissent exiger en retour qu'une information équivalente leur soit fournie. En quelque sorte, les établissements de crédit auraient à présenter à la personne une, « version non confidentielle » du traitement, mais enrichie d'explications « complètes », « satisfaisantes » et « en des termes compréhensibles ». Or, en matière de distribution du crédit qui est le mieux « disposé » à fournir ces explications ? Assurément les établissements de crédit, bien plus que la CNIL dans un domaine qui d'ailleurs dépasserait son domaine de compétence légale. Pour notre part, nous pensons que, dans l'optique d'une saine application des dispositions de l'article 3, l'appel au jugement des parties est plus que souhaitable. La CNIL a certainement un rôle à jouer, notamment pour la fixation du standard minimum d'accès à l'information, mais au quotidien il ne serait pas inintéressant de laisser aux parties le soin d'organiser leur relation. La directive européenne, bientôt transposée dans notre droit, abonde dans ce sens.

SECTION 2 La résolution du conflit par les parties.

751. Constat. S'agissant de la mise en oeuvre effective des droits reconnus aux articles 2 et 3, et plus généralement dans la loi, un constat de bon sens doit être fait. En effet, il serait irréaliste, voire prétentieux, de penser que les dispositions d'ordre légal tant au niveau national qu'euro-péen puissent, à elles seules, régler toutes les situations qui pourraient se présenter en pratique. L'immense diversité des secteurs auxquels la loi a vocation à s'appliquer ne peut que nous amener à poser le constat inverse. Certaines dispositions, notamment l'article 3, restent beaucoup trop vastes et imprécises pour pouvoir être appliquées au quotidien sans que les solutions qu'elles préconisent soient adaptées à chaque secteur. Certes, nous avons vu qu'à cet égard la CNIL joue un rôle primordial¹⁵⁹⁰. Mais, nous venons également de souligner que cette politique peut rencontrer des limites lorsqu'elle touche des domaines comme la distribution du crédit dans lequel seul l'homme de l'art pourrait être d'un quelconque secours. L'implication et la collaboration des différents acteurs économiques, visés par la réglementation, sont donc plus que nécessaires. Et, s'il va sans dire que ces secteurs doivent respecter les dispositions de la loi, les moyens d'y parvenir peuvent, quant à eux, être différents, et, ce qui serait souhaitable, complémentaires. Ainsi, afin de promouvoir une autre forme de relation entre établissements de crédit et demandeur de crédit deux voies paraissent devoir être explorées. La première touche à des concepts que nous avons déjà longuement développés lors de nos précédents propos, tels que la loyauté, la bonne foi et la transparence entre les parties (I). Mais, aussi intéressantes soient ces notions, nous verrons qu'elles s'avèrent finalement relativement inadaptées à la situation qui nous préoccupe ici. Il nous sera donc nécessaire de nous diriger vers une seconde direction, l'autodiscipline, mieux à même d'assurer une juste application et interprétation de la loi (II).

I Résolution grâce aux concepts de transparence, de bonne foi et de loyauté.

¹⁵⁹⁰ Voir *supra* n° 719 et suivants ; voir aussi Gérard FARJAT, « Nouvelles technologies et droit économique », Revue Internationale de Droit Economique, 1993/2, pages 189 - 190.

752. Démarche. Nous ne nous attarderons pas longuement sur ces notions qui ont été amplement commentées lors de nos précédents développements. Cependant, celles-ci n'ont été envisagées que pour servir de fondement « au droit » à l'information du banquier sur la situation de l'emprunteur. Or, il ne sera pas inintéressant d'appréhender ces mêmes notions sur un autre plan, c'est-à-dire par rapport au droit à l'information du demandeur de crédit sur les informations et méthodes qui ont servi de base à l'élaboration de la décision (A). Cependant, de notre opinion, de tels concepts sont trop peu contraignants pour pouvoir constituer à eux seuls un mode de résolution satisfaisant (B).

A Intérêt des notions.

753. La notion de transparence que nous avons étudiée en première partie, et qui nous a permis de fonder le droit à l'information du banquier se révélera sous un aspect diamétralement opposé. En effet, lorsque nous avons abordé le thème de la transparence deux acceptions de la notion ont été relevées. La première attendait du demandeur de crédit qu'il lève toute la vérité sur sa situation, l'autre commandait que lui soit révélé toute l'information que le tiers banquier détenait sur sa personne. A ce stade de l'étude c'est donc plutôt de la seconde acception qu'il est question. Nous employons volontairement le terme « plutôt » car si c'est bien dans le sens banquier-client que la transparence opérera, l'objet de la transparence diffère quelque peu.

1° Objet de la transparence.

754. Une information sur les critères et le degré d'intervention du score. En effet, il ne s'agit plus ici de traiter de la transparence des informations que l'établissement de crédit détient sur le client, mais de la transparence sur les méthodes employées pour évaluer sa dignité de crédit. Or, nous savons¹⁵⁹¹, lorsque l'on aborde cette dernière évaluation que l'on touche un domaine sensible du métier de banquier. Nous avons vu que selon les établissements de crédit l'évaluation de la dignité de crédit ressortait exclusivement de leur gestion interne. Sur ce point précis nous avons également admis que jamais il avait été question d'imposer aux établissements de crédit une quelconque obligation, ni même d'ailleurs une quelconque incitation, à dévoiler leurs méthodes d'analyse du risque. Reste que, les dispositions de l'article 3 doivent revêtir un sens pour les établissements de crédit et les demandeurs de crédit. Ainsi, s'il n'est pas question d'imposer aux professionnels du crédit de divulguer ce qui constitue le cœur de leurs systèmes d'analyse du risque, le secret des affaires notamment, devant être protégé, un minimum d'information semble devoir s'imposer. En somme, ce qui peut lui être demandée, selon nous, c'est d'informer plus précisément le demandeur de crédit sur les critères déterminants du rejet, et sur le degré d'intervention du score dans la décision finale.

2° Intérêt de la transparence.

755. Un outil de conciliation souple. Or, afin d'atteindre ce résultat, il est aisé de

¹⁵⁹¹ Voir notamment *supra* n° 490 et suivants ; 540 et suivants.

comprendre que l'aspect coercitif doit être banni puisque jusqu'à présent aucun texte, ni jurisprudence, est venu s'immiscer dans ce qui fait encore partie du métier exclusif du banquier. Dans ce cadre, seule une logique de transparence pourra alors servir de fondement à l'extériorisation des méthodes utilisées. Certes, nous ne pouvons nier le fait que le stimulus de cette transparence trouve sa source dans l'obligation contenue à l'article 3. Ce qui pourrait faire dire qu'elle est davantage incitée que totalement volontaire et désintéressée. Cependant, dans son accomplissement, l'obligation ne peut, selon nous, se détacher d'une attitude de transparence volontaire. En effet, en l'hypothèse inverse, il serait facile à tout établissement de crédit de transmettre au demandeur de crédit les logiques ou les raisonnements exempts de toute explication, puisque la loi n'exige pas cette dernière. Or, le but de la disposition est tout de même de permettre une éventuelle contestation des logiques, ce qui ne serait pas possible si les établissements de crédit fournissaient, même en langage clair, des données vierges d'explications. Sur ce point seule la bonne volonté, l'attitude de transparence des établissements de crédit sera à même de donner corps à l'esprit du texte. La même fonction pourrait d'ailleurs être remplie par des concepts comme la bonne foi ou la loyauté. Dont nous avons d'ailleurs pu faire remarquer la consubstantialité avec cette notion de transparence¹⁵⁹².

756. La loyauté : un autre moyen d'action. Ainsi, sans vouloir ici réitérer l'analyse qui avait été menée¹⁵⁹³, n'avons-nous pas dit que l'homme loyal est celui qui est « franc, sincère ». N'avons-nous pas dit que la loyauté nécessite un comportement positif, celui d'informer son interlocuteur. Ne nous a-t-elle pas permis de fonder le devoir d'information du demandeur de crédit envers son établissement de crédit ? Nous avons également suffisamment dit que, de ce fait, le demandeur de crédit devait fournir au banquier tout élément pouvant l'éclairer sur sa dignité de crédit. Qu'il devait lui transmettre toute information pouvant avoir une quelconque influence sur la décision finale. De ce fait, le client se devait, non pas seulement de ne pas tromper son banquier, ni lui dissimuler sa véritable situation, mais qu'il devait, au contraire, l'informer sur celle-ci. A cette occasion nous avons également suffisamment mis en exergue le fait que ce devoir de loyauté devait être réciproque, et qu'à ce titre le demandeur de crédit était, autant que le banquier, tenu au devoir d'information. Or, en l'espèce qui nous intéresse, c'est cette fois au banquier que l'on demande cette réciprocité.

757. L'objectif : une information sur les éléments déterminants de la dignité de crédit. A lui d'informer sincèrement et loyalement le demandeur de crédit sur les éléments déterminants de sa dignité. A lui de révéler au demandeur les critères qui ont pesé, négativement ou positivement, dans la décision finale. A lui de « rétablir un équilibre, une égalité entre les interlocuteurs »¹⁵⁹⁴. A lui de rétablir le « déséquilibre né ... parce qu'il est mieux informé que le demandeur de crédit. A lui de ne pas tromper ce dernier, à lui de ne pas lui dissimuler sa véritable situation »¹⁵⁹⁵. Objectif qui pourrait pourtant être atteint si l'établissement de crédit donnait accès à ses critères d'évaluation, ainsi qu'à leurs

¹⁵⁹² Voir *supra* n° 214 et suivants ; *supra* n° 217.

¹⁵⁹³ Voir *supra* n° 214 à 216.

¹⁵⁹⁴ *Supra* n° 216.

pondérations ou, à défaut de pouvoir le faire, secret des affaires oblige, si ce même établissement de crédit était en mesure de lui présenter une version non confidentielle et expliquée des raisonnements utilisés ayant conduit à la prise de décision. Il n'y a là, selon nous, rien de totalement infaisable¹⁵⁹⁶. Une bonne appréhension des concepts de loyauté, de transparence et de confiance¹⁵⁹⁷ devrait permettre une application concrète et soucieuse de la protection des intérêts en présence. Reprenant la vision du contrat par Demogue¹⁵⁹⁸, ne peut-on pas, cette fois, considérer les relations entre banquiers et demandeurs de crédit comme, « une sorte de microcosme », où les intérêts individuels de chacun soient pareillement pris en considération dans une optique finale ? Partant, l'intérêt individuel du banquier à voir le secret des affaires respecté, et l'intérêt du demandeur de crédit à être renseigné sur les logiques employées devraient, dans l'acte final de crédit, pouvoir être conciliés.

758. Mise en œuvre des concepts : la nécessité du dialogue. Tout ceci suppose bien évidemment un certain dialogue¹⁵⁹⁹, une certaine pédagogie des professionnels du crédit afin d'expliquer en quoi leurs intérêts sont en jeu et dans quelles limites ils peuvent dévoiler leurs méthodes de gestion. Cette morale de la discussion, de l'explication sur les méthodes utilisées devra logiquement offrir au demandeur de crédit les moyens de comprendre les raisons d'un refus fondé sur ces traitements¹⁶⁰⁰, afin que le monde bancaire ne devienne sur ce point le « Monde du silence » filmé par Jacques Cousteau. Or, si les préceptes que nous venons de rappeler sont correctement appréhendés par les établissements de crédit on ne devrait pas arriver à un tel radicalisme.

B Obstacles à l'application effective de ces concepts.

759. Notions trop imprécises et trop peu contraignantes. Cependant, sur la capacité et l'adaptation de ces notions à la situation, nous reconnaissons bien volontiers notre scepticisme. En effet, ces notions sont à notre sens beaucoup trop vastes. Leurs contours sont beaucoup trop imprécis pour pouvoir régler et prévenir, au quotidien, les problèmes liés aux éventuelles demandes d'accès aux logiques informatiques. A ces reproches nous pouvons rajouter le fait que leur mise en oeuvre dépend un peu trop, à notre goût, du seul bon vouloir des établissements de crédit. En fait, l'application pratique de tels préceptes nous paraît répondre davantage d'une logique de la spontanéité et de l'épisodique que

¹⁵⁹⁵ *Supra* n° 216 *in fine*.

¹⁵⁹⁶ Pour une opinion allant dans ce sens, voir Philippe BEREND, « A la recherche du dialogue perdu », *Revue Banque*, n°585, octobre 1997, page 22, 2e colonne.

¹⁵⁹⁷ *Supra* n° 215.

¹⁵⁹⁸ *Supra* n° 216.

¹⁵⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰⁰ Selon Philippe BEREND, précité, page 24, 2e colonne *in fine*, « Les méthodes que je propose sont réalistes, c'est que je ne les ai pas inventées, mais pratiquées [...]. L'accès au *scoring* de la banque : en Angleterre ».

d'une logique visant à fixer un cadre juridique stable et déterminé. Ce sont en somme là des concepts trop « mous », trop « verts » pour pouvoir répondre de manière systématique au problème qui nous occupe.

760. L'usage du contrat : une réponse possible à ces limites. A l'opposé, on pourrait alors imaginer que les règles qu'ils entendaient véhiculer soient reprises ou intégrées par une clause spécifique au contrat. C'est sans doute là l'un des moyens les plus absolus pour parvenir à l'application d'une règle. Certains auteurs l'ont pensé. Dans cette optique il a été suggéré qu'une décision de crédit peut être fondée sur l'unique base de traitements scores, « dès lors qu'il a été prévu par contrat que la personne concernée aurait le droit de faire valoir son point de vue par rapport à cette analyse de solvabilité »¹⁶⁰¹. L'hypothèse visée diffère, si peu, de celle visant l'accès aux logiques, mais demeure entièrement transposable à celle-ci. Néanmoins, un obstacle de taille s'oppose à voir dans la technique contractuelle une solution aux limites révélées par les notions de confiance, de loyauté...

761. Le contrat : un instrument inadapté. En effet, en matière de distribution du crédit, par hypothèse, il n'existe pas de contrat possible avant la prise de décision. Or, l'usage des traitements scores ou experts, et les obligations qui en découlent pour les établissements de crédit, concernent précisément la phase précontractuelle, là où il n'existe pas encore de contrat¹⁶⁰². En pratique, il serait donc nécessaire pour l'établissement de crédit et le demandeur de crédit de conclure un premier contrat ayant pour objet exclusif l'accès aux logiques. Ce serait là, nous semble-t-il, exiger une gestion trop lourde pour les établissements de crédit qui ne seraient, au surplus, même pas certains de conclure le contrat si la dignité du crédit, par exemple, n'était pas satisfaisante. Nous devons donc conclure que le contrat demeure relativement inadapté aux circonstances.

762. Une loi inadaptée. La même remarque peut d'ailleurs être faite s'agissant de la loi. En effet, puisqu'il s'agit de favoriser le dialogue et la compréhension chez les partenaires, l'instrument législatif apparaîtra comme beaucoup trop rigide et contraignant pour pouvoir assurer ce rôle. Or, tel n'est pas, semble-t-il, la philosophie ni de la directive communautaire ni de sa future loi de transposition. Ainsi, ces textes en favorisant l'autodiscipline, la déontologie¹⁶⁰³, affirment très clairement leur préférence pour un mode de résolution plus souple. La solution aux difficultés posées par l'article 3 nous semble donc devoir être recherchée du côté du concept de « droit mou » ou de « droit vert »¹⁶⁰⁴ qui, selon nous, est plus apte à régler les relations des parties lorsqu'il s'agit d'aborder un domaine aussi sensible que l'accès aux traitements scores ou experts¹⁶⁰⁵. Pour fixer cette autodiscipline, cette déontologie, les textes ont choisi pour *instrumentum*

¹⁶⁰¹ Frédéric de BROUWER, précité, *Revue Droit des Affaires Internationale*, n° 2, 1999, page 200.

¹⁶⁰² Un tel mécanisme pourrait toutefois trouver grâce dans le cadre des crédits renouvelables et des découverts en compte. Ainsi, dans ce dernier cas, à l'ouverture du compte pourrait être prévu une clause type.

¹⁶⁰³ Considérant n° 61 et article 27 de la directive, *infra* n° 775 ; articles 11 – 2° du projet de loi de transposition, *infra* n° 777.

¹⁶⁰⁴ « Soft law » pour les anglophones.

l'usage des codes.

II Résolution du conflit par l'usage des codes de bonne conduite.

763. Un moyen adapté à la résolution du conflit. C'est là en effet un moyen d'action qui possède de nombreux avantages, et qui est particulièrement bien adapté aux questions qui nous posent difficulté. Se situant à mi-chemin entre l'aspect rigide et contraignant de la loi, et les concepts beaucoup plus souples et imprécis de bonne foi, de loyauté et de transparence, cette technique juridique répond parfaitement à la nécessité d'adapter les règles juridiques issues de la loi aux spécificités des secteurs déterminés. Il est vrai que ce mode d'élaboration et d'interprétation des règles permet de supprimer une bonne partie des inconvénients liés aux caractères de la loi, ainsi qu'à ceux attachés aux notions trop vagues de bonne foi, de loyauté... Se présentant comme un code, c'est-à-dire par l'édition de règles précises, déterminées et adaptées aux situations pratiques que connaît le secteur, elle pallie ainsi les carences liées aux mécanismes de loyauté, de transparence et de confiance. De plus, ayant, par nature, un caractère non contraignant, elle offre aux différents acteurs du secteur une certaine liberté quant aux règles à y introduire et quant aux droits et obligations pouvant en découler¹⁶⁰⁶. Bien évidemment, nous nous garderons d'adopter une vision trop angélique de ces codes. Ils ne sont, eux non plus, pas exempts d'inconvénients, dont notamment leur caractère non contraignant. Il faut donc conserver à l'esprit qu'ils ne peuvent, du moins dans notre système juridique, que servir de solution d'appoint à des mesures trop imprécises de la loi, de la nature de celles prévues à l'article 3 et à l'article 2. Ils n'ont donc pas pour objet de supplanter la loi mais bien de l'adapter, de l'éclairer, voire de l'approfondir par rapport au secteur en question¹⁶⁰⁷.

764. Plan. Dans cette optique, il nous semble tout à fait légitime de leur porter une attention toute particulière¹⁶⁰⁸, même s'il est vrai de dire que notre système juridique n'est pas, contrairement à beaucoup de pays, coutumier de ce genre d'instrument. C'est pourquoi nous nous proposons ici d'explorer l'impact que pourrait avoir un tel outil sur l'épineuse question de la place de l'informatique dans la décision, ainsi que celle, tout aussi délicate du droit à l'accès aux logiques qui sous-tendent les traitements scores ou experts (B). A cette fin il ne serait pas inutile de dresser un état de la question quant au principe et à l'usage de l'instrument (A).

¹⁶⁰⁵ Voir également en ce sens, position du Conseil de l'Europe, direction des affaires juridiques, « protection des données : mission et actions du Conseil de l'Europe », *in* site Internet : [http : //www.coe.fr/dataprotection/fmissions.htm](http://www.coe.fr/dataprotection/fmissions.htm).

¹⁶⁰⁶ On aura compris toutefois que cette liberté ne peut aboutir à conférer moins de droit que ce que la loi dispense par ailleurs.

¹⁶⁰⁷ L'étude des articles 27 de la directive et 11-1° du projet de la loi de transposition est suffisamment explicite à cet égard, voir *infra* n° 775 et 777.

¹⁶⁰⁸ Même si certains auteurs voient manifestement dans l'article 27 de la directive, « une disposition destinée essentiellement aux anglo-saxons, la France, n'étant pas familière de cet instrument juridique qui correspond plus à l'esprit de la common-law », David MARTIN, « La directive 95/46/CE (protection des données) et sa transposition en droit français », *Gazette du Palais*, vendredi 15 et samedi 16 mai 1998, doctrine, page 25, 2e colonne.

A Du principe et de l'usage des codes de bonne pratique.

765. Démarche. Sur ce thème, il semble qu'un mouvement dans le temps et l'espace se soit lentement mais inexorablement opéré en faveur des codes de déontologie comme mode de règlement des questions relatives à l'usage de l'informatique dans les différents secteurs de la vie économique. En effet, au départ, essentiellement usitée par les pays de droit coutumier (1°), la technique a peu à peu réussi à pénétrer le droit communautaire, puis, par l'effet de la transposition de la directive, notre droit national (2°), alors même que lors de l'élaboration de la loi de 1978 aucune référence n'était faite à l'autodiscipline, ni dans le texte, ni lors des débats qui ont précédé son adoption.

1° Etat de la question en droit comparé.

766. Dualité de philosophie des codes : caractère supplétif ou contraignant. A la différence du législateur français de 1978, bon nombre de pays ont privilégié, lors de l'adoption de leur loi sur la protection des données, l'élaboration de codes de bonne conduite. Cependant, les pays qui ont favorisé cette voie de protection n'ont pas accordé la même importance, le même degré d'exigence à ces dispositions. Ainsi, si certains ont pu prévoir le principe d'une possibilité d'élaboration des codes en tant que simples règles supplétives de la loi, d'autres pays se sont montrés beaucoup plus contraignants soit en incitant fortement les secteurs à adopter ces codes, et en conférant à ces derniers force de loi, soit directement en confiant aux autorités même le soin d'établir de tels codes. Dans cette dernière démarche il est vrai que l'on peut s'interroger sur la réalité des termes d'autodiscipline, de déontologie. La liberté, le caractère volontaire paraissent effectivement quelque peu absents du processus d'élaboration des codes.

a./ Les codes à caractère officiel.

767. Par agrément de la loi : cas de l'Irlande. Dans ce pays, le Commissaire à la protection des données ¹⁶⁰⁹ peut encourager les groupements professionnels à adopter des codes de déontologie. Cependant, une fois la phase d'élaboration terminée, le code échappera quelque peu à la profession puisque le commissaire a le pouvoir, par son agrément, et après passage devant le Parlement, de conférer force de loi à ce dernier. Ainsi, un code agréé sur cette base se substituera aux dispositions pertinentes de la loi. Des sanctions pourront ainsi être prononcées en référence faite à la loi. Dans ce pays donc on devrait aboutir à une réglementation décomposée en ses composantes sectorielles. Reste qu'à défaut d'agrément ¹⁶¹⁰, les codes n'auront aucun caractère contraignant, mais une simple vertu explicative. Il faut dire que dans cette dernière forme, la philosophie des codes déontologiques est mieux respectée, la force de la loi ôtant tout caractère disciplinaire à l'œuvre. Pour autant, le cas de l'Irlande n'est pas isolé, puisque l'Australie a adopté un système quasi similaire cependant avec une démarche encore plus autoritaire.

¹⁶⁰⁹ Equivalent de la CNIL dans le cadre de la loi de 1988 sur la protection des données (« Data Protection Act »).

¹⁶¹⁰ Aucun code ne semble encore avoir été agréé.

768. Par action directe des autorités : le cas de l'Australie. Dans ce pays certains secteurs d'activités peuvent effectivement faire l'objet d'actions législatives ponctuelles et détaillées pouvant être complétées par un code pratique. On parle alors de codes de bonne conduite officiels qui agissent comme une loi subsidiaire plutôt qu'un code sectoriel volontaire. La philosophie de ces codes est donc là encore relativement éloignée de celle qui pourrait être issue des codes élaborés par des organes professionnels. En effet, ces codes relèvent de l'initiative officielle et non d'un mouvement spontané des membres des secteurs concernés ¹⁶¹¹. Si donc ils se présentent, matériellement, comme des codes professionnels, ils n'ont, en fait, de code que le nom, mais pas les attributs. Bien heureusement tous les pays qui ont choisi cette voie de régulation ne sont pas intervenus aussi radicalement dans le processus d'élaboration de ces codes, même s'ils l'ont fortement incité.

b./ Les codes mixtes.

769. Un cadre autodisciplinaire encouragé par les autorités. Il s'agit de codes qui n'ont pas force de loi comme les précédents, mais dont le processus d'élaboration n'est pas exempt de toute intervention étatique. Ainsi, les Pays-Bas ont développé une procédure formelle de déclaration d'après laquelle le groupement professionnel concerné peut déclarer son code à l'organe chargé de tenir un registre des déclarations. La loi prévoit la possibilité pour les autorités de prendre des arrêtés administratifs destinés à mettre en oeuvre les règles détaillées applicables aux secteurs. Ceux qui ne désireraient pas procéder par voie de code s'exposeraient alors au risque de se voir opposer des règles contraignantes qui pourraient ne pas tenir totalement compte des difficultés pratiques liées à ces secteurs. C'est qu'en effet le système proposé par la loi néerlandaise offre la possibilité pour les organes ou les professionnels intéressés, de faire valoir leur point de vue. Et cela, aussi bien au stade de l'élaboration du code que durant sa phase d'application. Il est vrai que la chambre chargée de la tenue des registres doit offrir la possibilité, aux membres du secteur, de présenter des remarques et des objections par écrit ¹⁶¹². Il y a donc dans cette procédure de déclaration une intervention fortement prononcée et dirigiste de l'État, même si par ailleurs la concertation est privilégiée. Cependant, à la différence des systèmes irlandais et australiens, la loi néerlandaise ne va pas jusqu'à conférer force de loi aux nombreux codes qui pourraient émerger des entreprises ou des organismes professionnels. En effet, selon le vice-président de la chambre chargée de la tenue des registres, les codes ont « pour fonction de stimuler une autodiscipline collective ». Il y a donc aux Pays-Bas un système que nous qualifierions de mixte ou de cadre autodisciplinaire fortement encouragé. L'initiative et l'élaboration des codes appartiennent aux professionnels, ce qui participe de l'autodiscipline, du déontologique. Mais l'intervention des autorités, à l'inverse, ôte quelque peu l'aspect volontaire de cette source de régulation liée à l'usage de l'outil informatique. Aspect que la majorité des autres pays ayant admis l'emploi des codes déontologiques a pourtant

¹⁶¹¹ Dans le domaine bancaire il existe un code de bonne conduite, « The banking code of practice », qui prend en considération l'aspect de la protection des données issues du client. Mais, ce code n'est pas dédié à l'unique protection des informations nominatives, mais contient également des règles ayant pour but la régulation des activités bancaires.

¹⁶¹² Article 15 de la loi néerlandaise sur la protection des données. Brochure OCDE, précité, page 55 *in limine*.

privilegié.

c./ Les codes privés : codes d'application et interprétatifs de la loi.

770. Le Royaume Uni a ainsi choisi de laisser une entière liberté aux secteurs économiques dans l'élaboration des codes de bonne conduite. Et, s'il est clairement établi dans la loi qu'il incombe au conservateur ¹⁶¹³ d' « encourager les groupements professionnels ou autres organismes représentant des utilisateurs de données à établir et à diffuser auprès de leurs membres, des codes de bonne pratique », ce n'est qu'à la condition que ces derniers se conforment aux principes édictés dans cette même loi ¹⁶¹⁴. Ces codes n'ont donc aucune vocation à remplacer les dispositions de la loi. Ceux-ci demeurent subordonnés à la loi, et ont pour unique fonction d'appliquer les dispositions de celle-ci aux spécificités du secteur en question.

771. L'Espagne et le Japon. Les mêmes caractéristiques peuvent être relevées s'agissant de la législation de ces pays. Ainsi, au Japon les entreprises et les groupements professionnels sont également encouragés à élaborer et à appliquer ce système d'autodiscipline aux fins de protection des données ¹⁶¹⁵. En Espagne la loi consacre aussi la possibilité, pour le secteur privé, de procéder par voie de code de bonne pratique. Mais, dans les deux cas, ces codes n'auront aucune valeur législative.

772. Les États-Unis ne sont pas, eux non plus, hermétiques à l'élaboration de codes de bonne conduite. Cependant, la conception de ces codes et quelque peu différente puisque la démarche d'élaboration de ces codes est peu souvent sectorielle, mais s'inscrit davantage au niveau de l'entreprise. En effet, au plan sectoriel c'est plutôt par la voie législative que les règles sont adoptées. Ainsi, la matière du crédit est réglementée, principalement, par l'*Equal Credit Opportunity Act* et le *Home Mortgage Disclosure Act*. Mais, ces dispositions, d'ordre général, ne visent pas spécifiquement la protection des individus face aux dangers de l'informatique. Cependant, les principes édictés dans ces textes peuvent trouver application en matière informatique. (Ainsi, dans le domaine du crédit le *Fair Credit Reporting Act*, contient des dispositions plus spécifiques en matière informatique, dont nous donneront quelques exemples plus loin). Relevons que pour l'heure les États-Unis brillent davantage pour leur absence de législation spécifique en matière d'informatique et de libertés que pour leur action en faveur de l'élaboration de code de bonne pratique.

773. Conclusion : un souci d'adaptation de la législation aux secteurs. Reste que dans les pays que nous venons de citer, il apparaît clairement que l'État entend intervenir le moins possible dans le processus d'élaboration des codes. Ceux-ci ne peuvent que servir de relais aux dispositions préexistantes ¹⁶¹⁶, et ce dans le but bien précis d'adapter ces dispositions aux spécificités du secteur. Or, cette dernière conception

¹⁶¹³ Organe chargé de l'application de la loi.

¹⁶¹⁴ Loi de 1984 dite, « *Data Protection Act* ».

¹⁶¹⁵ Voir brochure OCDE, précité, pages 14 et 15.

¹⁶¹⁶ Hormis le cas des USA.

de l'usage des codes nous paraît bien plus en accord avec les termes d'autodiscipline, de déontologie que celle qui est issue d'un interventionnisme trop accentué de l'autorité. Apparemment, ce n'est pas le chemin qui a été choisi par l'autorité communautaire, et par prolongement par sa future loi de transposition en France.

2°Etat de la question au plan communautaire et national.

774. Plan. Nous aurons pu remarquer que parmi les pays des droits étudiés figurait un certain nombre de pays européens. A ce titre, il ne devient plus étonnant de retrouver, dans la directive, des mesures relatives à l'autodiscipline (a./). Bien évidemment, l'on pourrait toujours dire que leur présence se justifie par le souhait de satisfaire les pays de droit coutumier¹⁶¹⁷. Il n'empêche qu'il serait regrettable de se priver de cet instrument de règlement des conflits sous prétexte qu'ils ne correspondent pas à notre philosophie¹⁶¹⁸. Le projet de loi de transposition n'a pas manqué de lucidité à cet égard puisqu'il a décidé de prévoir une procédure d'adoption de ces codes (b./).

a./ Les textes communautaires.

775. Une procédure spécifique en vue de l'adoption de codes. La directive 95/46/CE promeut largement l'usage des codes de bonne conduite. En effet, à son considérant n° 61 nous pouvons lire que « Les États membres et la commission, dans leurs domaines de compétences respectifs doivent encourager les milieux professionnels concernés à élaborer des codes de conduite en vue de favoriser, compte tenu des spécificités du traitement de données effectué dans certains secteurs, la mise en oeuvre de la présente directive... ». Néanmoins, soucieuse de mener à bien l'orientation voulue, la directive ne s'est pas contentée de poser en principe général la nécessité d'élaborer des codes déontologiques, mais a poursuivi sa volonté par l'adoption de dispositions spécifiques. Celles-ci se trouvent précisément développées à l'unique article du chapitre V portant le titre non équivoque de, « Codes de conduite ». Selon son article 27 :

« 1. Les États membres... encouragent l'élaboration de codes de conduite destinés, en fonction de la spécificité des secteurs, à la bonne application des dispositions nationales prises...

2. Les Etats membres prévoient que les associations professionnelles... qui ont élaboré des projets de codes nationaux ou qui ont l'intention de modifier ou de proroger des codes nationaux existants peuvent les soumettre à l'examen de l'autorité nationale [...] (et) prévoir que cette autorité s'assure, entre autres, de la conformité des projets... avec les dispositions nationales... Si elle l'estime opportun, l'autorité recueille les observations des personnes concernées... ». Et, afin de renforcer le dispositif mis en place, le troisièmement de l'article 27 a prévu une possibilité de soumettre les codes de bonne conduite au groupe communautaire de protection des données personnelles¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁷ David MARTIN, précité, page 25.

¹⁶¹⁸ Ce qui, en soi, n'est pas totalement inexact, voir *infra* n° 778.

¹⁶¹⁹ Groupe de protection des données à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive.

Le projet de loi de transposition n'est pas resté en retrait sur ces points, puisqu'il a choisi de les retranscrire fidèlement en droit français.

b./ La loi de transposition française.

776. Plan. La future loi de transposition de la directive communautaire (b-1) marque, selon nous, si ce n'est une rupture avec la philosophie de la loi de 1978 (b-2) qui s'appuyait, s'agissant de l'élaboration d'une déontologie, exclusivement sur la CNIL, au moins une évolution.

b-1 La nouvelle philosophie de la future loi française.

777. Privilégier l'intervention des acteurs économiques. En effet, à se référer à l'article 11. 2 du projet de loi de transposition de la directive 95/46/CE, l'on peut noter la présence d'une procédure permettant à la CNIL d'intervenir dans le processus d'adoption des codes. Ainsi, est-il prévu à cette disposition qu' « à la demande des organismes professionnels regroupant des responsables de traitements (la CNIL) :

- donne un avis sur la conformité aux dispositions de la présente loi des projets de règles professionnelles et des systèmes et procédures tendant à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel qui lui sont soumis ;

- (donne) une appréciation sur les garanties offertes par des règles professionnelles qu'elle a précédemment reconnue conforme aux dispositions de la loi, au regard du respect des droits fondamentaux des personnes ;

- délivre un label à des... procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel... ».

A lire attentivement ces dispositions, il est indéniable qu'est instaurée une nouvelle philosophie dans la loi française. Philosophie qui devrait, à n'en pas douter, donner une place beaucoup plus importante aux acteurs économiques quant à l'application et l'interprétation des mesures édictées par la loi selon le secteur considéré. On peut même penser que la future loi de transposition va plus loin que la directive en prévoyant la labellisation de « procédures tendant à la protection des personnes ». On peut ainsi imaginer que les règles déontologiques s'inscrivent dans un autre cadre que les codes, un contrat par exemple¹⁶²⁰. Mais, le certain dans ce nouveau schéma est que le rôle de la CNIL tendra peu à peu à évoluer pour laisser, à long terme, la déontologie prendre sa source davantage chez les secteurs envisagés. Cette vision contraste, il est vrai, avec ce qui est presque déjà le passé.

b-2 La philosophie de la loi de 1978.

778. Privilégier l'intervention de la CNIL. C'est un fait, la loi adoptée le 6 janvier 1978 ignore totalement l'instrument des codes de bonne conduite, et plus généralement la notion d'autodiscipline ou de déontologie. En effet, aucune disposition de cette loi n'a prévu la possibilité, pour les responsables de traitements, de procéder par voie de codes de bonne pratique. Mais, ceci ne signifie absolument pas que toute référence à une déontologie soit à exclure en pratique. Seulement le choix fait par le législateur de

¹⁶²⁰ Sous réserve de ce qui a été dit précédemment sur ce mécanisme. Voir *supra* n° 760 et n° 761.

l'époque a été de privilégier, pour l'application pratique et l'interprétation des textes, l'intervention d'un organe indépendant : la CNIL. S'agissant de cette dernière, nous avons vu qu'elle avait été placée au centre du droit de protection instauré par la loi. C'est à elle que revient le rôle de donner vie et effectivité au corps de règles issues des textes. Cette idée est d'ailleurs parfaitement retranscrite à l'article 6 de la loi. En effet, selon cette dernière disposition, la CNIL, « est chargée de veiller au respect des dispositions de la présente loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concertant avec elle et en contrôlant les applications de l'informatique... ». Rappelons simplement à ce sujet qu'elle a les moyens juridiques d'appliquer cette politique ¹⁶²¹. L'article 1^{er} du décret du 17 juillet 1978 ¹⁶²² est, s'agissant de l'esprit contenu dans l'article 6, parfaitement évocateur. Il nous dit que la CNIL peut « proposer au gouvernement toutes mesures législatives ou réglementaires de nature à adapter la protection des libertés à l'évolution des procédés et techniques informatiques ». Dans ce cadre la CNIL édicte des recommandations ¹⁶²³. Ces dernières, dont la précision permet l'application et l'interprétation concrète des normes issues de la loi à des domaines particuliers (tels que la distribution du crédit), ont pour finalité d'informer toutes les personnes de leurs droits et obligations ¹⁶²⁴. Ainsi, par l'instrument que représente la recommandation ¹⁶²⁵ la CNIL a créé, au fil du temps, une véritable déontologie relative à l'utilisation des traitements informatiques ¹⁶²⁶. Si l'on s'inscrit dans cette philosophie, il devient aisé de comprendre pourquoi la voie des codes de déontologie n'a pas été suivie en France. Il existait donc bien l'idée d'une déontologie en matière de protection des droits et libertés des individus. Finalement, ce qui change avec la directive et sa future loi de transposition c'est l'instrument, code contre recommandation, et c'est l'auteur, le secteur professionnel demain, la CNIL aujourd'hui. Pour autant, nous pensons que ce nouveau mode d'édification du processus déontologique répondra mieux aux intérêts et aux préoccupations des différents secteurs de la vie économique. Et cela, tout

¹⁶²¹ Au premier chef son statut d'indépendance, tel qu'édicté à l'article 8, mais aussi et surtout son pouvoir de décision. Rappelons-le, la CNIL reçoit les déclarations des traitements et délivre le récépissé indispensable à leur mise en oeuvre. Elle édicte également dans le cadre de ce pouvoir, les normes simplifiées à respecter par les différents traitements. A côté, la CNIL exerce un pouvoir de contrôle relativement important à l'égard des responsables des traitements. Contrôle sur place et/ou sur pièces, possibilité d'intervenir sur plainte ou même par auto-saisine si elle remarque un fait (dans la presse ou un autre média) susceptible de poser problème au plan de la loi. Ce pouvoir de contrôle est assorti d'un dispositif de suivi permettant d'assurer son efficacité : avertissement non contraignant et/ou dénonciation des faits au parquet pouvant amener à l'application des sanctions prévues par la loi en cas d'atteinte à celles-ci. Voir, pour plus de développements sur les pouvoirs de la CNIL, *supra* n° 719 et suivants.

¹⁶²² Décret n° 78 - 774 du 17 juillet 1978, JO du 23 juillet 1978.

¹⁶²³ Sur la nature juridique de celles-ci, voir *supra* n° 726 et suivants.

¹⁶²⁴ Dans son dernier alinéa l'article 22 de la loi précise clairement que les décisions, avis ou recommandations de la CNIL, dont la connaissance est utile à l'application ou à l'interprétation de la loi, sont tenus à la disposition du public.

¹⁶²⁵ Sur ce point, voir *supra* n° 722 et suivants.

¹⁶²⁶ En ce sens voir l'ouvrage de la CNIL, « Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées », précité.

spécialement lorsque des notions comme le secret des affaires ou la liberté de gestion et de décision des établissements de crédit sont en jeu. L'étude de la mise en oeuvre concrète de ces codes de bonne conduite devait nous permettre d'apporter quelques certitudes sur ce point.

B La mise en oeuvre des codes de bonne pratique.

779. Plan. La réalisation concrète des principes édictés dans la directive et sa future loi de transposition nous paraît devoir passer par une première phase visant à déterminer quel pourrait être le contenu des codes (1°), et ce dans l'optique d'une résolution du conflit entre secret des affaires et droit d'accès aux logiques. Puis, par une seconde phase, aussi importante, et qui devra assurer concrètement et au quotidien l'effectivité des règles ainsi mises en place (2°).

1° Le contenu des codes de déontologie.

780. Démarche. On l'aura compris, la France n'ayant pas favorisé, de par l'orientation de la loi l'émergence de codes en matière informatique et libertés, les exemples qui pourraient nous aiguiller quant à la détermination de leur contenu, demeurent très rares. Cependant, si la loi ne dit rien sur cet instrument de régulation des relations entre les parties, elle n'interdit pas non plus son élaboration. De ce fait, certains secteurs d'activités réputés sensibles en matière de protection des données ont pu suivre la démarche en France (a./). Mais, s'agissant du domaine particulier du crédit, seule la référence à la pratique étrangère pourra nous porter secours (b./).

a./ Etat actuel de la question au plan national.

781. Exemple de code. C'est le code de bonne conduite élaboré par la profession du marketing¹⁶²⁷ auquel il faut faire référence au plan national. Bien évidemment il est hors de question ici de disséquer les mesures qu'il édicte, ceci dépassant l'objet de notre étude. En revanche, il nous est possible de mettre en avant l'organisation générale du code ainsi que quelques règles qui sont développées, afin de donner une vision de ce que peut être un code de bonne conduite.

782. L'organisation du code au plan formel est en fait fort simple. Partant d'un préambule qui fixe les objectifs du code et l'obligation pour les parties de les respecter¹⁶²⁸, est ensuite abordée l'étude des principes de base contenus dans le code¹⁶²⁹. Le code

¹⁶²⁷ Code de déontologie des professionnels du marketing direct vis-à-vis de la protection des données à caractère personnel du 7 décembre 1993. Pour un rapide commentaire, voir 14e rapport de la CNIL de 1993, page 27 et suivantes et, pour son contenu, page 394 et suivantes ; Voir aussi Ariane MOLE, « Jusqu'où ira le droit à l'information », Gazette du Palais, 23 janvier 1997, 1er semestre, Doctrine, page 96, 2e colonne. Un code de même nature existe au niveau européen.

¹⁶²⁸ A titre d'exemple, il nous est dit que : « Ce code contient des règles d'autodiscipline et d'usages que les professionnels du secteur... s'engagent à respecter dans leurs opérations ».

¹⁶²⁹ 1. Principe de collecte loyale des données. 2. Les relations avec leurs clients et prospects. 3. Les relations avec les autres professionnels.

reprend ainsi tour à tour chacun d'eux, avec à chaque fois le rappel à la loi, suivi d'éléments déontologiques permettant de résoudre les difficultés spécifiques au secteur du marketing quant à l'application de la loi. Ainsi, à titre d'exemple, s'agissant du principe de collecte loyale des données, le code rappelle, dans un premier temps, l'article 25 de la loi de 1978, ainsi que l'article 5 de la convention 108 du Conseil de l'Europe, pour, dans un second temps, établir en 5 points les règles auto-disciplinaires applicables à ce principe, dont nous reproduisons ici un des points¹⁶³⁰ :

« Les entreprises ou associations qui utiliseront des listes de noms et d'adresses compilées selon les processus décrits aux articles 1.1 et 1.2 supra s'inspireront, dans leurs offres, et lors de la première utilisation, des mentions suivantes :

Cette offre vous est adressée à partir d'une liste extérieure à notre entreprise ou association.

Conformément à la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, vous bénéficiez d'un droit d'accès et de rectification aux données vous concernant.

Vous pouvez nous demander, par simple lettre, que vos coordonnées soient radiées de cette liste et (ou) qu'elles ne soient plus communiquées à des tiers ».

Ce code ne se contente pas de rappeler les règles contenues dans les textes, mais donne une réponse adaptée aux difficultés posées par la généralité de ces derniers. N'est-ce pas d'ailleurs tout l'intérêt d'un code que d'édicter des règles ajoutant à la norme légale ? Le groupe d'experts chargé du commentaire des lignes directrices de l'OCDE n'en pensait pas moins en posant les critères qui devraient caractériser un code de bonne pratique¹⁶³¹ .

783. Les critères attendus d'un code selon l'OCDE. Ainsi, font-ils référence :

- à la forme du code. Celui-ci devant « comporter des affirmations positives qui indiquent un engagement en faveur de l'adoption des principes appropriés de protection des données. Une formulation exclusivement descriptive n'est pas suffisante ».

- au contenu proprement dit. Le code devant « être adapté au secteur d'activité et/ou à l'entreprise en cause et ne pas se limiter à énoncer des principes généraux de protection des données ». L'exigence de ce dernier critère doit cependant être relativisé à en croire certains auteurs. Ainsi, le Professeur Gérard Farjat s'était interrogé sur le fait de savoir, « pourquoi des propositions aussi anodines sur le respect du droit positif auxquelles s'ajoute parfois un discours aussi abondant que lénifiant sur les états d'âme des partenaires ? »¹⁶³² . L'une de ses réponses était de dire qu' « il arrive que des dispositions semblent anodines simplement parce que le profane ignore le degré de dégradation (au point de vue du droit) de la situation que le code se propose de normaliser. Si le code privé prévoit l'application des contrats ou des lois, c'est que,

¹⁶³⁰ Article 1. 3 : Mentions d'information.

¹⁶³¹ Voir documents OCDE, « Protection des données et de la vie privée : problèmes et enjeux », précité, OCDE, 1994, page 58.

¹⁶³² Gérard FARJAT, « Réflexion sur les codes de conduite privés », in études offertes à Berthold GOLDMAN, « Le droit des relations économiques internationales », Litec, 1982, pages 64 - 65.

jusque-là, contrat et loi n'étaient pas respectés ! »¹⁶³³. C'est là selon nous une réponse de pur bon sens qui doit entièrement être approuvée. Et l'on doit avouer que dans le domaine du marketing la remarque s'applique particulièrement. En effet, la CNIL a eu l'occasion de faire remarquer que, « Les dispositions de la loi du 6 janvier 1978... n'étaient pas appliquées de manière satisfaisante dans le secteur du marketing direct »¹⁶³⁴.

- au niveau de détail réclamé. Le code devant, « aborder les questions de protection des données auxquelles se heurte le secteur d'activité et/ou l'entreprise en cause ainsi que d'autres parties intéressées ».

- à la transparence nécessaire. Le code devant être rédigé en termes simples aisément compréhensibles pour les interlocuteurs du secteur d'activité. Ce ne sont évidemment là que des suggestions mais qui sont, à notre sens, loin d'être dénuées de tout fondement. Un code digne de ce nom devrait donc pouvoir réunir ces caractéristiques. En France nous savons qu'il n'existe pas, en matière de crédit, de code de déontologie auquel nous pourrions nous référer afin d'apprécier les règles qu'il pourrait contenir. En revanche, le Canada offre un brillant exemple de ce que pourrait, voire devrait, être un code de déontologie en matière de crédit.

b./ L'évolution souhaitable par référence à l'expérience étrangère.

784. Démarche. L'expérience de la pratique canadienne des codes de déontologie en matière de droit du crédit (b-1) devrait pouvoir servir de point d'appui à ce que devrait être les solutions au plan national et ce, afin de déterminer le niveau d'accès raisonnable aux raisonnements informatiques (b-2).

b-1. Le code de déontologie des entreprises du crédit en droit canadien.

785. Ediction de principes généraux. A l'initiative de l'Association des banquiers canadiens, un modèle de code sur la protection des renseignements personnels des banques a été élaboré¹⁶³⁵. Ce modèle est fondé sur l'édiction de dix principes directeurs en matière de conservation et d'utilisation des données personnelles, et parmi lesquels on trouve :

- un principe de responsabilité de la banque envers les renseignements personnels en sa possession ;
- un principe de sécurité des données ;
- un principe d'accessibilité du client aux normes et aux méthodes de gestion des renseignements personnels etc.

Cependant, nous devons faire remarquer que l'un des objectifs annoncés dans ce modèle est d' « aider chaque banque à élaborer son propre code de confidentialité et à le mettre en application », au travers les dix principes directeurs. Ces derniers font figure de principes généraux, et n'interdisent pas à chaque banque de :

¹⁶³³ *Ibidem* page 65. Voir aussi pages 60 et 61, « Il y a, nous dit l'auteur, réception du droit d'Etat par le droit professionnel ».

¹⁶³⁴ Rapport CNIL 1993, précité, page 27.

¹⁶³⁵ Voir pour ce modèle de code, le site Internet : <http://www.cba.ca/cba/fr/publications/pubs%5Fprivacy.htm>.

- définir comment elle souscrit à chaque principe ;
- fournir des exemples qui lui sont propres ;
- prévoir des mesures supplémentaires de protection de la confidentialité.

Chaque établissement de crédit peut donc adapter les formules proposées à ses contraintes, voire aller plus loin dans la démarche de transparence. Sur ce dernier point justement voyons jusqu'où ce modèle de code est allé.

786. Principe spécifique aux normes et aux méthodes de gestion des données.

En son principe n° 8 intitulé : « Accessibilité des clients aux normes et aux méthodes », il est dit que « La banque fait preuve d'ouverture quant aux normes et aux méthodes qu'elle utilise pour gérer les renseignements personnels. Le client a accès à ces normes et ces méthodes, lesquelles sont faciles à comprendre ». *A priori* donc c'est un principe de totale transparence qui est ici instauré. Cependant, ne nous trompons pas sur le sens des mots. En effet, lorsqu'on nous dit que le client peut avoir accès aux normes et aux méthodes que la banque utilise, il ne faut pas comprendre qu'il peut obtenir par ce biais l'accès aux méthodes d'évaluation de la dignité de crédit. Non, par ces termes il faut entendre que le client peut avoir accès au dispositif mis en place par la banque pour protéger et garantir une saine utilisation des renseignements le concernant. Ainsi, nous dit le point 8.1 du code que, « La Banque met à la disposition du client l'information concernant les normes et les méthodes qu'elle utilise... y compris des exemplaires de son propre code de confidentialité ». Le code fait ainsi partie de ces normes et méthodes, ce qui donne un exemple de la signification à accorder à la disposition. Finalement, par normes et méthodes il faut comprendre, moyens techniques, juridiques, humains... pour assurer la protection des données, mais en aucune manière la possibilité d'accéder aux normes et aux méthodes d'évaluation de la dignité de crédit. Cette vision est d'ailleurs parfaitement confirmée par le point 4 du principe n° 9 relatif à l'accessibilité du client aux renseignements personnels le concernant. Selon ce principe, « Lorsque le client en fait la demande, la banque lui donne accès aux renseignements personnels dont elle dispose à son sujet ». Toutefois, ajoute-t-il, « Dans certains cas, il se peut que le client n'ait pas accès à la totalité des renseignements personnels le concernant. Le cas échéant, la banque indique au client pourquoi il ne peut y avoir accès ».

787. Vertu pédagogique du code. Le point 4 a précisément pour but de régler cette réserve à l'accès aux renseignements personnels. Ainsi, peut-on lire, qu' « il arrive que... la banque ne puisse pas fournir les renseignements personnels qu'elle a en sa possession. Ces exceptions doivent être les moins nombreuses possibles et stipulées en toutes lettres dans les normes et les méthodes. Par exemple, certains renseignements personnels peuvent :

- se révéler trop coûteux à extraire ; [...]
- contenir des renseignements exclusifs de la banque, par exemple, une banque pourrait faire emploi d'une formule de pointage ou émettre une recommandation dont elle désire garder le secret... ». Nous retrouvons là l'obstacle du secret des affaires auquel il ne peut pas être porté atteinte. Entre le souci d'information du client et l'intérêt des banques à maintenir le secret sur certaines informations, la balance a définitivement penché du côté des établissements de crédit. L'intérêt d'un code dans tout cela ? La vertu

pédagogique, de transparence contenue dans cette formule : « Le cas échéant, la banque indique au client pourquoi il ne peut y avoir accès... et stipule en toutes lettres dans les normes et méthodes » les cas de dérogation au principe. La loyauté également, les banques s'engageant à ce que ces exceptions soient, « Les moins nombreuses possibles ». Si la question de l'accès aux logiques informatiques s'était posée, il est fort probable que la solution eut été la même. Si celle-ci ne se pose pas, c'est tout simplement parce qu'en droit canadien il n'existe pas de règle semblable à notre article 3. Les personnes ne sont donc pas fondées, en droit, à demander communication des raisonnements informatiques, ce qui coupe court à toute discussion sur ce point. Cependant, rien ne nous interdit de raisonner par analogie et d'imaginer ce que pourrait apporter un tel code en France, spécialement en matière d'information sur les modes d'évaluation de la dignité de crédit.

b-2. Les évolutions souhaitables en matière de déontologie de crédit en France.

788. Démarche. A la lumière de ce qui vient d'être vu, il nous semble irréaliste d'espérer voir les établissements de crédit mettre à nu le cœur même de leurs systèmes d'évaluation de la dignité de crédit, traitements scores et systèmes experts. En revanche, il ne nous paraît pas exagéré d'exiger d'eux une information transparente et sincère sur ces thèmes, sur leur principe de fonctionnement, sur la place qu'ils occupent dans la prise de décision, sur les obstacles qui justifient leur caractère secret, et par suite sur les mesures aptes à supplanter le refus d'accès à ces techniques.

789. Une information sur les méthodes utilisées. Concrètement, cela pourrait se matérialiser, par exemple, par une information précise du candidat à l'emprunt de l'usage de telle méthode d'évaluation. La solution n'est d'ailleurs pas inédite, et certains pans de notre droit n'ont pas hésité à consacrer légalement la formule. Ainsi, en matière de droit du travail il est rappelé à l'article L. 121 - 7 du Code du travail que : « Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Le salarié est informé de la même manière des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle mises en oeuvre à son égard »¹⁶³⁶. Comment ne pas remarquer l'étrange similitude des situations, candidat à l'emploi et candidat à l'emprunt, méthodes et techniques d'aide au recrutement et méthodes et techniques d'aide à la décision de crédit. Certes, il existe dans la loi un principe de finalité qui doit permettre d'informer les personnes sur l'usage des informations qu'elles transmettent. Mais, ce principe permet juste de savoir que les informations seront utilisées pour la prise de décision, il n'exige pas expressément d'informer les personnes sur les techniques proprement dites qui seront effectivement utilisées. Un code de déontologie pourrait donc, sur ce point, permettre davantage de transparence et de clarté.

790. Une mise en place de normes palliatives au refus d'accès aux raisonnements. Plus encore, il devrait certainement permettre de poser de manière précise les règles et limitations à l'accès aux raisonnements qui sous-tendent ces techniques. Ainsi, à défaut pour la personne de pouvoir avoir accès au cœur du système, secret des affaires faisant, le code pourrait astreindre les établissements de crédit,

¹⁶³⁶ Sur ce point spécifique, voir Ariane MOLE, précité, page 96.

auxquels il est applicable, à fournir une explication quant aux motifs ayant justifié le refus d'accès¹⁶³⁷. Ce qui mettrait la personne en mesure de comprendre l'intérêt qu'à l'établissement de crédit à conserver ces techniques secrètes. Il serait d'ailleurs également souhaitable qu'en cas de refus d'octroi du crédit, la personne puisse être à même de saisir les raisons sur la base desquelles la décision a été prise. Lors de la phase d'élaboration du code, un certain nombre de mesures devraient ainsi être inscrites en ce sens. Celles-ci devant être destinées à pallier l'impossibilité pour la personne d'accéder aux logiques informatiques.

791. Une information sur le degré d'intervention humaine. Dans un même ordre d'idées, il pourrait être prévu, dans le code, des règles imposant à l'établissement de crédit la transparence quant au degré d'intervention des systèmes informatiques d'évaluation de la dignité de crédit dans la décision. S'ils ont été couplés avec d'autres méthodes, consultation de fichiers d'incidents de paiement par exemple, ou au contraire, s'ils ont servi de seul fondement à la décision. Et dans cette dernière hypothèse, il devrait être prévu au code, si l'on respecte la philosophie de la (future) loi de transposition, une mesure permettant d'informer la personne qu'elle a le droit de faire valoir son point de vue avant l'utilisation du système ou qu'elle aurait dû être à même de faire valoir son point de vue lors du processus d'élaboration de la décision.

792. Nécessité des mesures aptes à assurer l'effectivité du code. Finalement, l'on peut s'apercevoir que par une information sincère et précise quant à l'usage des techniques modernes d'évaluation de la solvabilité, bon nombre de difficultés et de conflits, tenant à la généralité de la loi, pourraient être évités ou résolus. Or, sur ce point, les codes de déontologie ont certainement un grand rôle pédagogique et préventif à jouer. Ayant vocation naturelle à être plus précis et plus clair que la loi, l'instrument paraît certainement mieux adapté aux circonstances propres à l'activité bancaire. Cependant, cela ne doit pas faire illusion. A côté de la proclamation de principes généraux doivent exister d'autres mesures assurant l'effectivité du système. En effet, il ne faudrait pas, faute de règles permettant l'application concrète des droits accordés par ailleurs, que le code demeure une coquille vide. L'efficacité de ce système de régulation des relations entre les parties devra donc nécessairement passer par l'élaboration d'un panel de dispositions pratiques.

2° L'effectivité des codes de déontologie.

793. Problématique. De notre opinion, cette effectivité dépend de deux séries de paramètres. D'une part, il semble que l'efficacité du dispositif ne puisse se dispenser de faire état d'un certain nombre de mesures pratiques permettant, concrètement et quotidiennement, l'application des principes édictés par ailleurs (a./). Et, d'autre part, il semble également tout aussi primordial dans cette optique que les règles prescrites par le code, soient assorties d'un certain degré de contrainte envers leurs auteurs, même si, *a priori*, l'aspect contraignant paraît contraire à l'esprit qui anime l'élaboration de ces codes (b./).

a./ La logistique.

¹⁶³⁷ Risque de fraude, risque d'atteinte à la capacité concurrentielle, *supra* n° 197, 392, 540 et n° 667.

794. Plan. L'effectivité d'un code en matière bancaire tient pour large partie aux moyens matériels et humains qui seront mis en place à cet effet. En effet, rien ne sert d'établir des normes si derrière il n'existe aucune mesure permettant leur application concrète. A ce titre, un bon exemple des mesures pouvant constituer cette logistique nous est fourni par le modèle de code de l'association des banquiers canadiens (a-1), dont l'une des pièces maîtresses du dispositif est constituée par la présence d'une personne apte à mettre en œuvre les règles établies par ailleurs (a-2).

a-1 L'exemple du code des banquiers canadiens.

795. Principes généraux. Ainsi, est-il dit au point 1.4 qu' « Afin de mettre en pratique les principes de son code de confidentialité, la banque :

- établit des mécanismes pour protéger la confidentialité des renseignements personnels ;
- établit des mécanismes pour recevoir les plaintes et les demandes de renseignements de la part du client et y répondre ;
- informe le client et la personne des mécanismes de la banque ;
- forme le personnel de façon qu'il comprenne et applique les mécanismes de la banque ».

Ces mesures édictées à titre liminaire sont ensuite reprises et développées à chaque principe instauré par le code dont il n'est pas inutile de fournir quelques extraits¹⁶³⁸.

796. Application aux situations visées par le code. Ainsi, au point 7.3 est-il rappelé que « La banque assure la protection des renseignements personnels par l'application de mesures de sécurité dont :

- des moyens matériels, tels que le verrouillage des classeurs et la restriction de l'accès aux bureaux ;
- des mesures administratives, telles que la restriction à l'accès aux centres informatiques et aux renseignements pertinents ;
- des mesures électroniques, tels que des mots de passe, des numéros d'identification personnels et des procédés de chiffrement ».

Auquel le point 7.4 ajoute que « La banque informe régulièrement ses employés sur ses normes et ses méthodes en matière de protection des renseignements personnels des clients et les sensibilise à l'importance de les respecter ».

797. Accessibilité aux normes établies. S'agissant cette fois de l'information du client, le point 8.2 précise que « L'information concernant les normes et les méthodes ainsi que le code de confidentialité de la banque sont faciles à comprendre et aisément accessibles. Par le biais de brochures ou d'autres documents, le client peut : obtenir le titre de fonction et l'adresse au travail de la personne responsable à la banque d'assurer la protection de la confidentialité... de manière que le client sache à qui acheminer les plaintes et les demandes de renseignements... ». Le point 8.3 complète le dispositif en établissant que « La banque peut rendre l'information concernant ces normes et ces

¹⁶³⁸ Pour le reste, nous renvoyons le lecteur à la consultation du modèle de code de l'ABC précité.

méthodes accessibles de diverses façons... Par exemple, la banque peut offrir des brochures dans ses succursales, envoyer des renseignements à ses clients par la poste, établir une ligne téléphonique sans frais ou offrir un accès électronique en direct ».

798. Procédures de traitement des demandes et plaintes. Enfin, toujours dans le but d'assurer l'effectivité du système, un principe concernant le « Règlement des plaintes et (le) traitement des demandes de renseignements » est consacré dans le modèle de code. Ainsi, le point 10 prévoit, en en-tête et en gras, que « Le client peut faire valoir qu'une banque ne respecte pas son propre code de conduite. La banque dispose de normes et méthodes régissant la réception des plaintes et les demandes de renseignements, l'enquête à leur sujet et la réponse aux clients ». Cette règle est ensuite suivie de trois autres mesures précisant le sens des mots. Ainsi, est-il dit au point 10.1 que « [...] Ces méthodes précisent le mécanisme de règlement des plaintes et l'interlocuteur avec lequel le client devrait communiquer ». Le point 10.2 précise quant à lui que « La banque fait enquête sur toutes les plaintes. Si une plainte est motivée, la banque tente d'y remédier. Au besoin, la banque modifiera ses normes... afin d'éviter les récurrences ou répétitions du problème ». Et si le client n'est pas satisfait de la réponse, le point 10.3, lui, permet de faire appel à « l'*ombudsman* bancaire ».

799. Désignation d'un responsable des données. Cette dernière mesure correspond d'ailleurs parfaitement aux orientations voulues par l'OCDE s'agissant de l'application concrète des codes de bonne pratique¹⁶³⁹. En effet, il avait été souhaité par le groupe d'experts que le code, quel qu'il soit, instaure « Une procédure d'application au sein du secteur d'activité et/ou de l'entreprise de manière à ne laisser planer aucun doute quant au type et au mode de protection assurés. La nomination et la déclaration d'un ou plusieurs responsables de ce domaine, chargés de faire régulièrement rapport à l'organe de gestion compétent, fait partie de cette procédure ». Il semble que dans le dispositif mis en place, cette ou ces personnes aient un rôle central à jouer. Ceci justifie quelques développements supplémentaires à leur sujet.

a-2 Les responsables des données ou les délégués/préposés aux données.

800. Démarche. Déjà, peu après l'adoption de la loi de 1978, était mis l'accent sur l'opportunité de la présence d'une personne responsable des questions liées à l'usage de l'informatique¹⁶⁴⁰, d'un « administrateur de données »¹⁶⁴¹. En somme, quelqu'un qui ne sera pas uniquement chargé de contrôles, mais qui sera aussi « chargé de regrouper l'étude des questions d'application de la loi »¹⁶⁴². A lui, reviendra le rôle de faire en sorte que les exigences de la loi soient respectées au quotidien (principe de finalité, de

¹⁶³⁹ Voir brochure OCDE, précité, page 58 *in fine*.

¹⁶⁴⁰ « Mais, il conviendrait également de réfléchir à l'utilité de disposer, dans l'entreprise, pour la gestion quotidienne, de ce qu'on a appelé un administrateur de données », Herbert MAISL, « L'entreprise et la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », précité, Revue de Jurisprudence Commerciale, novembre 1979, page 500.

¹⁶⁴¹ *Ibidem*.

¹⁶⁴² *Ibidem*, page 503.

loyauté...). A lui reviendra le rôle de recevoir les plaintes aux demandes d'accès et d'y donner suite. A lui reviendra le rôle de donner vie au *corpus* de règles établies par le code. Cette personne devra évidemment avoir une très bonne connaissance de l'usage de l'informatique dans l'entreprise, ainsi que des dispositions législatives en la matière. Evidemment, à ce stade de l'étude l'on peut se demander à qui reviendra cette charge. Devra-t-on former une personne spécifique au sein de l'entreprise ? Ou faire appel à une personne extérieure ? Car, l'efficacité du système dépendra, on le comprendra, largement du statut d'indépendance de ce responsable. Or, sur ce point, le code de déontologie de l'association des banquiers canadiens apporte, une fois de plus, des solutions tout à fait intéressantes (a-2-1). Pour autant, il n'est pas exclu de trouver dans la pratique, ainsi que dans le droit français, des voies qui pourraient aboutir au même résultat (a-2-2).

a-2-1 Les responsables des données au Canada.

801. Un double niveau d'analyse. D'après le principe n°1 du modèle de code de confidentialité, « La banque... désigne une ou plusieurs personnes responsables de s'assurer du respect du code... ». Ce principe est ensuite approfondi en quatre points, et notamment au point 1 et 2. Ainsi, selon le point 1.2, « La Banque désigne, à l'interne de même qu'à son client, la ou les personnes qui ont la responsabilité d'assurer la protection de la confidentialité et la surveillance de la conformité ». Ce seront donc à eux d'assurer en première analyse l'effectivité du système mis en place. Cette disposition est toutefois à mettre en relation avec le point 10.3 de ce même code qui prévoit, en seconde analyse, que, « Si le client n'est pas satisfait de la manière dont la Banque a répondu à sa plainte, il peut communiquer avec le Bureau du surintendant des institutions financières ou, avec l'*ombudsman* du secteur bancaire ». Apparemment donc le système établi au Canada dans le domaine du crédit offre plusieurs niveaux de compétence. En fait, dans ce pays, chaque banque a mis en place des mécanismes de règlement des litiges qui incitent les clients à s'adresser d'abord au niveau de l'agence bancaire ou de la succursale, avant de saisir l'*ombudsman*¹⁶⁴³ nommé en interne par la banque, puis au dernier stade de la conciliation à l'*ombudsman* du secteur bancaire. Il existe donc toujours, suivant le niveau, une institution chargée du respect des dispositions prescrites par le code. Si le secteur bancaire français devait adopter un tel code, il devrait lui aussi trouver un organe capable d'assurer l'application concrète des principes qu'il poserait. Or, sur ce point, la pratique bancaire et la législation nationale offre des perspectives séduisantes.

a-2-2 L'existant français.

802. Plan. Deux mécanismes, au demeurant non exclusifs l'un de l'autre, pourraient, selon nous, assurer le respect des normes déontologiques en matière d'accès à l'information liée à l'usage de l'appareil informatique. D'une part, il peut être ici fait référence à la profession, déjà existante, de déontologue, et d'autre part, à celle instituée par la loi dite MURCEF¹⁶⁴⁴ de médiateur.

803. Le déontologue. Ainsi, nous est-il possible de faire état de l'émergence d'une nouvelle profession, celle de déontologue. Au départ plutôt destiné à promouvoir l'esprit

¹⁶⁴³ Terme qui pourrait être traduit par l'expression, « amiable compositeur ».

¹⁶⁴⁴ Loi n° 2001 - 1168 du 11 novembre 2001, précité.

de transparence et d'éthique en matière d'opérations financières, « La déontologie aborde de nouveaux secteurs par souci de protection du consommateur »¹⁶⁴⁵. Le rôle des déontologues est de « veiller à ce que les opérations soient conduites en conformité avec la réglementation [...] Ils décident la mise en place des règles de fonctionnement, proposent un système pour que les règles de déontologie soient appliquées dans chaque ligne de métier »¹⁶⁴⁶. S'agissant du domaine qui nous intéresse, il ne serait pas inintéressant de confier à ce déontologue le soin de faire appliquer au quotidien les règles édictées par la loi informatique et libertés, et par le code de bonne conduite. L'obstacle de ce système est que ce déontologue appartient au personnel de la banque. Il pourrait donc y avoir un certain conflit d'intérêts entre son devoir de faire droit aux requêtes des demandeurs de crédit, et le souci de ne pas nuire, par ses décisions, à la banque qui l'emploie. Apparemment pourtant, « la règle d'or est l'indépendance de ces professionnels et le fait qu'ils ne soient liés à aucune direction opérationnelle. Tout en référant directement à la direction générale... de la banque »¹⁶⁴⁷. N'étant pas sous le joug permanent d'un supérieur hiérarchique, leur liberté semble ainsi réelle, ce qui les prédisposent sans conteste à assurer l'efficacité des normes et méthodes relatives aux bonnes pratiques, qui pourraient résulter, pour notre cas, d'un code ayant pour but l'adaptation au secteur bancaire, des règles issues de la loi de 1978. Et, s'agissant de cette profession, l'on peut se demander dans quelle mesure on ne la retrouve pas sous les traits de la fonction de médiateur instituée par l'article L. 312 - 1 - 3 du Code monétaire et financier.

804. Le médiateur. En effet, selon cette disposition, « Tout établissement de crédit désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges relatifs à l'application par les établissements de crédit des obligations figurant au I des articles L. 312 - 1 - 1... Les médiateurs sont choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité ». Certes, l'institution concerne apparemment des litiges qui n'ont pas trait à l'informatique et aux libertés. De même que sa compétence reste limitée aux règlements des litiges et non pas visiblement au suivi quotidien de l'application de la loi. A ce titre, l'organe se rapproche beaucoup de la fonction d'*ombudsman* observable au Canada. Cependant, comme dans ce pays, chaque banque pourrait également prévoir, en premier niveau, la nomination à l'échelle de l'agence ou de la succursale d'une personne responsable de l'application de la loi et des dispositions du code et, en second niveau, la possibilité d'appel au médiateur. Il y aurait là un système parfaitement cohérent et adapté : un responsable des données chargé de recevoir et faire droit aux demandes des personnes, un médiateur chargé de régler les différends relatifs à l'application de la loi et du code. Là encore, il est vrai que ce dernier étant désigné par l'établissement de crédit où il devra exercer ses fonctions, un doute quant à son indépendance pourrait légitimement naître. Cependant, le II de l'article L. 312 - 3 prévoit la création d'un comité

¹⁶⁴⁵ Voir sur cette profession, Yves CAPLAIN in article, « Les déontologues, boucliers de l'éthique », Revue Banque magazine, n° 633, février 2002, page 70 et suivantes.

¹⁶⁴⁶ *Ibidem*, page 71, 1e colonne.

¹⁶⁴⁷ *Ibidem*.

de la médiation bancaire chargé, notamment, « De préciser les modalités d'exercice de l'activité des médiateurs, en veillant notamment à garantir leur indépendance ». Il y a certainement là, médiateur, déontologue, amiable compositeur, des mesures auxquelles le secteur bancaire devrait réfléchir dans le cadre d'un processus d'élaboration d'un code de bonne conduite. Restera néanmoins toujours la délicate question de la force contraignante des règles et procédures instituées par la voie autodisciplinaire.

b./ Du caractère contraignant des codes de déontologie.

805. Démarche. Il est difficile *a priori* de parler pour les codes de bonne pratique de force contraignante. En effet, par nature, ces codes n'ont pas le caractère coercitif qui est attaché aux dispositions d'origine étatiques ou contractuelles (b-1). Cependant, ce n'est pas parce qu'ils sont dénués de cet attribut en tant que tel, qu'ils n'acquiescent pas chez leurs instigateurs une autorité de fait au moyen d'autres mécanismes (b-2).

b-1 La nature non contraignante des règles issues de l'autodiscipline.

806. Principe : caractère non obligatoire. Au plan juridique, il est clair qu'un code n'a pas, par nature, de caractère contraignant envers les parties. En effet, il ressort de l'enquête menée par l'OCDE, qu'« Un aspect crucial d'un code de bonne pratique est sa nature volontaire, dans la mesure où il s'agit d'un instrument d'autodiscipline utilisé par un secteur d'activité ou des entreprises individuelles pour parvenir à un certain niveau de protection des données. En conséquence, des droits légaux ne sont pas directement conférés aux parties en cause. Par exemple, les personnes concernées ou le cédant d'informations de caractère personnel n'en tire pas de droits opposables à l'utilisateur et/ou au collecteur de données qui a instauré le code »¹⁶⁴⁸. De façon encore plus générale, il a été relevé¹⁶⁴⁹ qu'« Un code de conduite peut être un ensemble global de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient. Bien que de telles recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcées qu'elles sont par... la force de l'opinion publique ». Et si cet aspect non obligatoire a pu apparaître à certains¹⁶⁵⁰ comme déroutant au premier abord, ils avouent que cet aspect, « s'éclair en considérant leur élément essentiel : la notion d'autocontrôle, la discipline professionnelle de l'autorité du milieu compensent les lacunes du droit ». Ainsi, à défaut de trouver une force contraignante de par la loi¹⁶⁵¹, le principe doit demeurer le caractère volontaire et non obligatoire. Cependant, s'agissant de cette source de droit, ne confondons pas caractère obligatoire et effectivité de la norme.

807. Caractère non obligatoire et effectivité. Sur ce thème justement le Professeur Gérard Farjat s'exprime avec une très grande lucidité. D'après ce dernier, « Le caractère le plus surprenant des codes privés est sans doute pour le profane, et peut-être pour de

¹⁶⁴⁸ Documents OCDE, précité, pages 49 et 50.

¹⁶⁴⁹ Groupe de personnalités de l'ONU, citée par Gérard FARJAT, étude précitée, page 48.

¹⁶⁵⁰ Gérard FARJAT, précité, page 48.

¹⁶⁵¹ Voir systèmes irlandais et australien, et la dénaturation qu'ils opèrent de l'instrument, *supra* n° 767 et n° 768.

nombreux juristes, leur caractère non obligatoire. Les juristes devraient pourtant savoir aujourd'hui que l'effectivité d'une norme n'est pas nécessairement liée à son « obligatorité ». Les possibilités d'effectivité des codes de conduite privés sont considérables pour qui ne s'en tient pas aux apparences et à une définition formelle de l'efficacité... »¹⁶⁵². Voyons ce qu'il en est.

b-2. Les mécanismes palliatifs à la non « obligatorité » des codes¹⁶⁵³.

808. Plan. Ces mécanismes peuvent être trouvés dans deux directions. D'une part, du côté des raisons qui ont poussé à l'autodiscipline, et d'autre part, du côté de la réprobation, morale ou juridique, du milieu auquel appartiennent les acteurs économiques.

809. Code : instrument de promotion du secteur. Pour certains organismes¹⁶⁵⁴ les codes professionnels serviraient à garantir : « Une attitude responsable des milieux professionnels envers les intérêts du consommateur et de la société en général, en combattant les méthodes de concurrence déloyale et en permettant une harmonisation des pratiques commerciales »¹⁶⁵⁵. Il semble qu'il faille appréhender ces codes avec une vision moins angélique¹⁶⁵⁶. En effet, même si l'idée n'est à pas exclure, elle ne peut suffire, à elle seule, à justifier l'apparition d'une déontologie professionnelle¹⁶⁵⁷. Parmi ces raisons on trouve très certainement l'apport en termes d'image à la profession ou à l'entreprise adhérente. « L'objectif le plus immédiat des codes, a dit le Professeur Gérard Farjat, est sans doute de normaliser l'activité professionnelle à l'égard de la clientèle [...] Il arrive qu'une activité professionnelle dépende de l'accueil que lui réserve les tiers, les pouvoirs publics..., l'opinion publique. Le code de conduite apparaît alors essentiellement comme un instrument de promotion d'une activité économique »¹⁶⁵⁸. Cette remarque nous semble particulièrement adaptée à la profession bancaire. En effet, la relation bancaire n'est-elle pas marquée par la confiance entre les parties ? Qui, est-il nécessaire de le préciser, doit être réciproque. L'individu pour avoir confiance dans son établissement de crédit doit avoir la garantie que ces fonds lui seront restitués, que les secrets qu'il lui confie seront protégés des regards indiscrets, que l'établissement de crédit ne lui cache rien sur la situation réelle. Les codes de déontologie qui visent une démarche de transparence sur ces points participent donc de cette confiance. Or,

¹⁶⁵² Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, précité, page 58.

¹⁶⁵³ Pour une analyse approfondie, *ibidem* pages 58 à 63.

¹⁶⁵⁴ Chambre de commerce internationale.

¹⁶⁵⁵ Cité par Gérard FARJAT, précité, page 51, à propos de la diffusion des codes internationaux de pratiques loyales dans le domaine du marketing.

¹⁶⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁷ *Ibidem*, pages 50 à 54.

¹⁶⁵⁸ *Ibidem*, pages 51 et 52.

qu'advierait-il de celle-ci s'il s'avérait que telle ou telle profession, tel ou tel établissement de crédit, ne respectait pas les règles qu'il s'est volontairement imposé ? En termes d'image de marque, le résultat serait probablement catastrophique. Ainsi, à reprendre les paroles d'un auteur, « Derrière cette démarche (élaboration de code), il y a un risque d'image et de réputation à gérer »¹⁶⁵⁹. Image et réputation envers le public, mais également image et réputation envers les organes et les autres membres de la profession qui eux respecteraient ces normes. Ainsi, nous dit le Professeur Gérard Farjat, « En ce qui concerne spécialement les codes, ceux-ci peuvent s'accompagner d'une publicité plus efficace que la publication de la loi ! Les consommateurs, les partenaires professionnels, des tiers intéressés peuvent connaître les normes qui sont jugées bonnes pour la profession et être portés à refuser tout contrat ou tout rapport avec ceux qui ne les respectent pas. On ne saurait sous-estimer les boycotts des milieux professionnels »¹⁶⁶⁰. La CNIL aura certainement un rôle à jouer dans ce processus de publicité. Soit de manière négative en relevant dans son rapport annuel le non-respect par les établissements de crédit des règles de la profession, soit de manière positive en apposant un label de qualité aux règles professionnelles ainsi mises en place¹⁶⁶¹. La publicité devrait donc permettre d'attacher un certain un degré de contrainte aux normes professionnelles. Mais cette contrainte, de fait, pourrait, s'agissant du domaine bancaire, atteindre un niveau supérieur si l'on intègre une perspective de sanction disciplinaire.

810. Effectivité et sanctions disciplinaires. En effet, si l'on s'en réfère à l'article L. 613 - 33 alinéa 2 du Code monétaire et financier, il incombe à la Commission Bancaire, « De veiller au respect des règles de bonne conduite de la profession ». Un code adopté par la profession bancaire en matière informatique et libertés entrera sans nul doute dans le cadre de cette mesure¹⁶⁶². Dans cette optique, des sanctions, pécuniaires notamment, particulièrement dissuasives¹⁶⁶³ pourraient être prévues. Ce qui ajouterait une dose supplémentaire de contrainte, et par voie de conséquence, d'effectivité des mesures contenues dans le code. Sans compter qu'une juridicisation des principes ou plutôt des « standards » que révélerait ce procédé ne serait pas, selon l'opinion du Professeur Gérard Farjat, totalement à exclure.

¹⁶⁵⁹ Bernard VIBERT, *in* article, « Les déontologues, boucliers de l'éthique », précité, page 71.

¹⁶⁶⁰ Gérard FARJAT, précité, page 59 *in fine*.

¹⁶⁶¹ Précisons que d'après l'article 11.2° du projet de loi de transposition, la CNIL, « donne un avis sur la conformité aux dispositions de la présente loi des projets de règles professionnelles et des systèmes et procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement de données personnelles, qui lui sont soumis. Elle porte une appréciation sur les garanties offertes par des règles professionnelles qu'elle a précédemment reconnu conformes..., au regard du respect des droits fondamentaux des personnes ; Elle délivre un label... à des procédures tendant à la protection des personnes ... ».

¹⁶⁶² En ce sens, et pour un exemple, voir François BORDAS, « Devoirs professionnels des établissements de crédit », *Juris-Classeur Banque et Crédit*, fascicule 140, 2, 1994, n° 10.

¹⁶⁶³ Gérard FARJAT a pu prendre l'exemple du code de l'Association suisse des banquiers qui instaure des amendes pouvant atteindre 4 millions de dollars !, *in* ouvrage précité, page 60 *in limine*.

811. Effectivité et juridicisation. En effet, le juge pourrait fort bien tirer des codes, « le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger »¹⁶⁶⁴. En somme, de l'ensemble des règles issues du code, le juge pourrait délimiter les contours du comportement du « bon père de famille ».

812. Conclusion : les codes de déontologie une réponse aux silences des textes. Nous restons persuadés que l'usage d'un code de déontologie dans le secteur bancaire apporterait des solutions adaptées aux difficultés qui peuvent naître, soit de l'imprécision de certaines dispositions de la loi, soit même de la limitation du champ d'application, *ratione personae*, de cette loi. Bien plus encore, il semble que l'on puisse trouver dans cet instrument un formidable moyen de rééquilibrage des pouvoirs entre citoyens isolés et grandes institutions privées concentrant à la fois les informations relatives aux personnes et le pouvoir décisionnel.

813. Une réponse à l'imprécision de l'article 3 de la loi. En effet, cette dernière disposition établit un certain nombre de principes en faveur de l'individu. Mais, elle reste cependant trop générale pour pouvoir être appliquée, en tant que telle, ou pour pouvoir deviner les difficultés pratiques de sa mise en oeuvre. Certes, elle offre à tout individu concerné par un traitement informatique la possibilité de connaître les raisonnements qui animent la machine, et même d'en contester le bien-fondé. Il est même admis par les textes¹⁶⁶⁵ que l'individu puisse faire valoir son point de vue lorsque que la machine était seule aux commandes de la décision. Ce sont là, nous ne pouvons le nier, des dispositions essentielles du dispositif de protection de l'individu. Cependant, lors de leur adoption, le législateur n'a semble-t-il pas mesuré l'ampleur des difficultés qui pouvaient naître, sur le plan juridique et pratique, de leur tentative d'application. A ce sujet nous avons suffisamment pu insister sur les difficultés qu'éprouvera le demandeur de crédit à accéder aux différents systèmes d'évaluation de la dignité de crédit, ainsi qu'à contester les raisonnements établis ou à faire valoir son point de vue. La mise en place de mesures concrètes permettant l'effectivité des règles, le secret des affaires, les droits d'auteur, le principe de liberté de décision des établissements de crédit, de non-immixtion dans leurs affaires constituent autant d'obstacles à la concrétisation des droits reconnus par la loi. La généralité des termes de la loi peut avoir des vertus en offrant par exemple une certaine liberté d'interprétation et d'adaptation par rapport aux circonstances. Cependant, il semble que dans le domaine du crédit, cette généralité là soit à l'origine de la formation d'un nœud de problèmes inextricable. En effet, entre droit à l'information reconnu par la loi aux individus et droits sur l'information réclamée par les établissements de crédit, la friction est réelle mais les solutions introuvables dans la loi. L'usage des codes de déontologie, au contraire, paraît répondre parfaitement aux préoccupations et aux difficultés issues de la loi. Finalement, nous pouvons donc dire que l'instrument représente, au même titre que la CNIL, mais à un niveau différent, un relais efficace aux dispositions (un peu) trop imprécises de la loi. L'on peut même se demander dans quelle mesure il ne peut pas également servir de relais là où la loi ne dit rien.

¹⁶⁶⁴ Précité, page 62. Voir aussi sur ce thème, Sandrine MUNOZ, « L'échange de données informatisées », thèse, précité, page 144 et suivantes.

¹⁶⁶⁵ Voir projet de loi de transposition, article 10, *infra* n° 1048.

814. Une réponse à la limitation, *ratione personae*, du champ d'application de la loi. Cette dernière, il est vrai, ne concerne que les personnes physiques, les personnes morales, elles, se trouvant hors du champ d'intervention de la loi¹⁶⁶⁶. Pourtant, cette exclusion « ne doit pas faire oublier le droit du client à faire valoir son point de vue face à une décision prise par l'ordinateur sur la base de modèles qui n'intègrent pas véritablement certaines données qualitatives telles que la stratégie future de l'entreprise, les problèmes de succession ou la forme juridique de cette entreprise... »¹⁶⁶⁷. En effet, il ne fait guère de doute que les entreprises personne morale, trouveraient un immense intérêt à connaître les critères sur la base desquelles elles sont jugées, à les contester éventuellement, à faire valoir leur point de vue ou à exiger une étude humaine et personnalisée de leur situation. Cela est d'autant plus vrai pour les personnes morales que bien souvent leur survie ou leur développement dépend pour large partie du financement qu'elles peuvent recevoir, notamment du banquier, et, pour les plus grandes d'entre elles, du marché financier. A cela s'ajoute le fait que les outils de scores ou de systèmes experts restent, quoi qu'on en dise, bien moins performant que pour les particuliers. Pourtant, leur utilisation n'est pas moins répandue que dans le crédit aux particuliers. Les établissements de crédit utilisent de plus en plus cette forme de sélection informatisée, les agences de notation également n'ignorent pas ces techniques lorsqu'elles ont à évaluer la capacité des entreprises à honorer leurs engagements. La Banque de France elle-même a fait des scores et de la cotation des instruments de gestion quotidienne de sa politique de refinancement du papier commercial et de sa politique de renseignements à l'égard des professionnels du crédit¹⁶⁶⁸. Dans ce contexte, l'on se rend bien compte que c'est envers ces personnes morales que les conséquences d'une mauvaise évaluation de leur dignité de crédit seront les plus préjudiciables. Il n'est donc pas illogique de soutenir que se sont pour ces dernières personnes que les droits, comme le droit d'accès aux raisonnements, le droit de contestation..., seront les plus utiles. Les entreprises personnes morales n'auraient-elles donc pas le droit de se défendre, comme l'affirmait le Professeur Pierre CATALA ?¹⁶⁶⁹. A lire la loi du 6 janvier 1978 nous devons, au moins en matière informatique, répondre par la négative. En effet, pour les personnes morales il n'existe rien, pas même la référence à une possibilité d'extension, pour le futur, de son champ d'application. Pourtant, sur ce thème, d'autres pays, tels l'Espagne, ont fait montre de plus d'ouverture en prévoyant, dans leur loi

¹⁶⁶⁶ Sur ce point, voir *supra* n° 168 et suivants.

¹⁶⁶⁷ Jean-Michel DAUNIZEAU, « Les entreprises en difficulté : pratique bancaire et juridique », Banque éditeur, 1996, n° 52.

¹⁶⁶⁸ Soulignons simplement ici qu'à côté de son score BDFI, pour les sociétés du secteur de l'industrie, la Banque de France sera en mesure d'offrir aux établissements de crédit un score BDFC concernant le commerce, un score BDFT qui a trait aux transports, un score BDFHR pour les hôtels, cafés et restaurants, et enfin un score BDFTP pour le bâtiment et les travaux publics. C'est dire que ces modes d'évaluation de la dignité de crédit seront de plus en plus présents dans la décision d'octroi ou de refus des crédits. Voir sur ces scores, Bulletin Banque de France, juin 2001, n° 90, « Développements récents de la méthode des scores de la Banque de France ».

¹⁶⁶⁹ Cité par Sylvie ROZENFELD, Revue Expertises, n° 170, mars 1994, page 91, 3e colonne ; voir aussi *supra* n° 173.

informatique et libertés, une disposition allant dans ce sens. Ainsi, selon la troisième disposition finale de la loi espagnole, « Le gouvernement moyennant un rapport préalable..., peut également étendre l'application de la présente loi aux fichiers contenant des informations relatives aux entités, sociétés et aux autres personnes morales... »¹⁶⁷⁰. Plus proche de nous, la loi du 17 juillet 1978 (modifiée par la loi du 11 juillet 1979) sur la communication des documents administratifs¹⁶⁷¹ reconnaît le droit à l'information à « toute personne », ce qui inclut les personnes morales. La légitimité du droit à l'information pour les personnes morales à l'égard des décisions privées, et notamment à l'égard des décisions de crédit, n'est plus, selon nous, à démontrer¹⁶⁷². Or, les codes de déontologie en matière bancaire ne pourraient-ils pas combler ce qui peut apparaître après étude, comme une lacune de la loi ? C'est là nous semble-t-il le moyen idéal de répondre à cette dernière, et par-là même à l'intérêt légitime qu'auraient les entreprises à pouvoir contrôler les systèmes dont dépend, indirectement, leur survie économique. Soyons néanmoins réaliste, il n'est pas du tout certain, en France, que les établissements de crédit aillent jusque-là pour les personnes morales.

815. n instrument qui restera limité aux personnes physiques. En effet, si pour les particuliers l'importance des droits accordés par la loi peut pousser les banques à poser les bases, par le truchement des codes, d'un équilibre à atteindre entre intérêts des demandeurs de crédit et leurs propres intérêts, le même optimisme ne semble pouvoir être affiché s'agissant des personnes morales, leur exclusion du bénéfice de la loi ôtant tout moyen de pression sur les établissements de crédit. Il nous semble que pour ces dernières, les banques préféreront trouver un équilibre des pouvoirs dans une relation bancaire saine et loyale plutôt que dans l'instrument des codes de bonne conduite malgré tout relativement « contraignant »¹⁶⁷³, au moins en fait. Le risque afférent à ces concepts que nous avons qualifié de « trop mou », et qu'ils offrent au banquier le loisir de les interpréter ou de les utiliser toujours à son avantage (en fonction de ses propres intérêts)¹⁶⁷⁴. Il peut même les oublier un temps sans que cela n'émeuve personne. Leur caractère évanescent deviendra ainsi rapidement pour les entreprises concernées un obstacle à leur information quant aux techniques de sélection utilisées, quant à leur éventuel droit d'accès aux raisonnements et leur capacité à infléchir les décisions prises à leur égard

¹⁶⁷⁰ Voir 12e rapport d'activité de la CNIL, page 418.

¹⁶⁷¹ Sur cette loi, voir Jean-Marie AUBY et Robert DUCOS-ADER, « Droit de l'information », précis Dalloz, 2e édition, 1982, page 191 et suivantes, notamment page 193 pour son champ d'application *ratione personae*.

¹⁶⁷² Voir sur ce point, Philippe BEREND, précité, page 22 et suivantes ; voir aussi *supra* n° 173 et suivants ; *supra* n°517 et suivants.

¹⁶⁷³ Sur ce dernier point, voir notamment *supra* n° 806 et n° 807.

¹⁶⁷⁴ Dans le même sens, Jean FRAYSSINET, « L'entreprise et la loi informatique, fichiers et libertés », Cahiers de Droit de l'Entreprise, 1988, n° 11, 17 mars 1988, page 32, 2e colonne *in limine*, pour qui, « l'entreprise ignore l'individu. Exactement, elle considère l'individu de son seul point de vue, en fonction d'une logique économique ; elle s'approprie la personne pour la mettre au service de son intérêt direct et immédiat ».

par l'ordinateur. L'information des demandeurs de crédit, qu'ils soient d'ailleurs personnes morales ou personnes physiques, nous l'avons compris, constitue sans doute la pierre angulaire de l'équilibre des pouvoirs voulue par la loi de 1978.

816. Le code : un instrument de promotion des droits et d'équilibre des pouvoirs. Or, sur ce dernier point, les codes ont très probablement un grand rôle informatif à jouer. Etant mieux adaptés à la réalité que la loi et plus stables que les concepts de transparence, de loyauté..., ils permettront certainement une meilleure prise de conscience des citoyens quant à leurs droits : accès aux logiques informatiques, droit à une décision humaine, et à défaut, droit à faire valoir leur point de vue, droit à la contestation..., ainsi que la façon de les exercer. Car, il semble que sur ces questions, essentielles à la protection de l'individu, à la protection de sa personnalité, la CNIL, malgré ses efforts répétés et constants¹⁶⁷⁵ pour promouvoir les droits des citoyens, ne soit pas parvenue à faire des articles 2 et 3 l'instrument de l'équilibre des rapports entre individus et établissements de crédit, faute pour elle d'avoir su faire prendre conscience à l'individu de l'importance de ces mesures. Déjà il y a un certain temps le Professeur Jean FRAYSSINET s'inquiétait de cet état d'ignorance. « Combien de personnes utilisent les ressources : de l'article 3 [...] en cas de refus d'attribution d'un crédit, par exemple ? [...] de l'article 2, pour lutter contre les abus de profilage comportemental... ? »¹⁶⁷⁶ s'interrogeait-il. En effet, « A quoi sert-il de distribuer des droits si l'immense masse des titulaires virtuels - même les plus éclairés - n'a pas conscience de leurs intérêts ? » Certains n'avaient d'ailleurs pas caché leur scepticisme quant aux ressources de l'être humain isolé face aux puissantes officines privées. « On peut toujours se demander si cette maximisation du rôle de l'individu n'est pas fondée sur une appréciation optimiste de la valeur des ressources individuelles, de plus en plus atomisées dans les sociétés contemporaines », disait André Vitalis¹⁶⁷⁷. Reste que lors des débats relatifs à la transposition de la directive 95/46/CE, il a été réaffirmé la confiance placée dans le citoyen. « Certes, nous dit le député Jean Villa, la protection de la personne et de sa vie privée passe par le renforcement des droits des personnes fichées. Pour appliquer à la lettre le propos du président de la CNIL¹⁶⁷⁸, le citoyen doit devenir plus vigilant qu'un renard... Que fait-on, dès lors, pour les aider à connaître et exercer ses droits ? »¹⁶⁷⁹. Or, précisément la philosophie à la base des codes de déontologie n'est-elle pas d'informer correctement l'individu sur le contenu de ses droits, ainsi que sur les moyens de les exercer ? Nous avons là certainement un instrument inégalable de promotion des droits de l'individu. En effet, quel autre instant serait le mieux choisi pour sensibiliser la

¹⁶⁷⁵ Notamment par le biais de ses rapports annuels, recommandations et avertissements.

¹⁶⁷⁶ Jean FRAYSSINET, « L'entreprise... », page 30. Dans le même sens, Thierry VERBIEST et Etienne WERY, « Le droit de l'internet et de la société de l'information », édition Larcier, 2001, 868 ; Voir aussi François RIGAUX, précité, n° 536, page 595.

¹⁶⁷⁷ In ouvrage, « Informatique, pouvoir et liberté », édition Economica, 1988, page 158.

¹⁶⁷⁸ « Il appartient aux citoyens d'exercer leurs droits directement ou par l'intermédiaire de la commission ».

¹⁶⁷⁹ Débats, Assemblée nationale, séance du mercredi 30 janvier 2002.

personne que celui-là même où ces personnes sollicitent une prestation. Quoi de mieux pour cela que la présentation au client, demandeur de crédit par exemple, d'un *corpus* de règles adaptées à la situation à traiter. Il nous semble alors évident que la personne sera mieux à même d'établir un lien entre les dispositions de la loi, éventuellement adaptées au secteur en question, et la situation de refus de crédit par exemple, à laquelle les individus seraient confrontés. C'est selon nous par ce lien de proximité entre, la ratio legis, d'une part, et la situation concrète, d'autre part, que la prise de conscience de l'intérêt de l'article 3, notamment, se cristallisera. L'équilibre des pouvoirs, le contre-pouvoir ambitionné par le législateur ne peut en effet émerger qu'à ces conditions. Reste à savoir si cet équilibre doit être résumé à un équilibre de pouvoirs ou si, dans certaines circonstances, il peut également concerner l'équilibre des rapports entre consommateurs et établissements de crédit.

TITRE 2 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES NEES DU MODE D'UTILISATION DE L'INFORMATION.

817. Problématique. Si le titre premier nous a convaincu des difficultés qui peuvent naître du mode de construction de l'information, ce titre second, lui, devrait nous éclairer sur la place et l'intérêt qu'il est possible d'accorder à l'information ainsi construite dans la formation du consentement et dans la prise de décision. Il ne s'agit alors plus de s'attacher aux problèmes juridiques qui sont liés à l'usage de l'outil informatique dans la phase d'élaboration de la décision, mais au contraire de s'interroger sur les rôles qu'il est possible d'assigner à cette information dite de résultat, qu'elle soit issue de l'outil informatique ou pas, qu'elle soit directement issue des établissements de crédit ou d'autres protagonistes, à l'instar de la Banque de France ou des agences de notation. Finalement, cela revient ni plus ni moins à se demander comment cette information synthétique, score, cotation Banque de France, notation financière, peut être utilisée. Doit-elle rester cantonnée à un usage strictement interne ou alors peut-elle (ou doit-elle) quitter la sphère de la gestion purement interne pour atteindre :

d'autres personnes, telles le demandeur de crédit, cette fois pris non plus en tant que citoyen ou fiché, mais comme simple consommateur, la caution ou les simples partenaires économiques, voire, plus spécifiquement encore, le juge de la responsabilité civile,

et d'autres objectifs tels que :

la formation du consentement éclairé, du demandeur de crédit avant la phase de signature du contrat de crédit, de la caution avant de garantir l'emprunteur ou des partenaires avant qu'ils n'accordent ou ne renouvellent leur confiance à l'égard de ce même emprunteur ;

la protection d'intérêts supérieurs de l'économie, l'intérêt du marché dans le cadre de la notation financière ou, plus largement, l'intérêt général dans le cadre d'une généralisation de la communication de la note score ou même de la cotation Banque de France aux potentiels partenaires du sujet de l'évaluation ;

La détermination des modalités du contrat en termes de taux d'intérêt, de garantie et de montant du crédit ;

et même le souci d'une meilleure administration de la justice, par une référence à cette information-résultat et à ses techniques d'élaboration dans la recherche des diligences bancaires.

Peut-elle être le seul fondement de la décision d'octroi ou de refus de crédit ? A l'inverse doit-elle apparaître et n'être considérée que comme un élément parmi d'autres de la prise de décision ? Peut-elle être érigée en critère d'appréciation de la faute du banquier dans l'octroi du crédit ? Doit-elle, au contraire, rester circonscrite à l'analyse du risque par le banquier ? Par ces interrogations c'est toute la problématique liée au mode de gestion de l'information-résultat : usage exclusivement interne à l'établissement de crédit ou usage externalisé ; usage partiel ou total de cette même information dans la phase de prise de décision, qui est posée, et à laquelle nous devons répondre. Dans ce but, nous nous attacherons, dans un premier temps à mettre en exergue les intérêts, mais aussi les inconvénients qui pourraient résulter de l'usage de l'information-résultat dans le processus de formation du contrat, c'est-à-dire en termes de formation du consentement et de fixation des caractéristiques du contrat (chapitre 1), pour, dans un second temps, se pencher sur les conséquences juridiques qui pourraient naître de la place qu'aura pris cette même information-résultat dans la phase de décision d'octroi ou de refus du crédit (chapitre 2).

CHAPITRE 1 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES SUR LA FORMATION DU CONTRAT

818. Problématique. Jusqu'à présent, nous n'avons envisagé les relations entre demandeurs de crédit et établissements de crédit que sous le seul prisme de la loi de 1978. Or, nous savons que cette dernière n'appréhende cette relation que dans la mesure où intervient l'outil informatique, et dans l'unique intention de réglementer l'usage de l'instrument informatique. L'objectif de la loi de 1978 n'étant pas, *a priori* et directement, de régir les rapports contractuels ou précontractuels des parties. La loi de 1978 n'envisage que le couple ordinateur - personne humaine, citoyen - institution, fiché - ficheur. Cependant, lorsque l'on parle des traitements de crédit-scoring, des systèmes experts ou de la segmentation¹⁶⁸⁰, et de ce qu'ils représentent en termes d'évaluation du risque de crédit, l'on ne peut raisonnablement faire fi des implications qu'ils pourraient engendrer en termes de consentement, notamment dans les couples demandeurs de crédit - établissements de crédit, cautions - établissements de crédit et de fixation des caractéristiques du contrat. En effet, d'après l'article 1108 du Code civil : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

[...]

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement... ».

¹⁶⁸⁰ Et même de cotation Banque de France, de notation de créance.

Le second alinéa de l'article 1108 fait ainsi directement référence à la nécessité d'un consentement de la personne. Or, d'après l'article 1109 du même code, « il n'y a point de consentement valable, si le consentement... été... surpris par dol ». Dans ce cadre, ne doit-on pas considérer que la personne qui entend contracter avec l'établissement de crédit connaisse la note qui doit servir de base à la formation du contrat ? N'y aurait-il pas une réticence dolosive dans l'attitude du banquier qui conserverait par-devers lui cette information ? On comprend alors toute importance que pourrait avoir cette information-résultat quant à l'opportunité, pour le demandeur de crédit, de s'engager dans la relation. Mais, il n'est pas exclu que d'autres personnes trouvent également intérêt à connaître cette note. La caution pourrait ainsi légitimement aspirer à connaître le risque que représente l'emprunteur et ce afin de savoir si elle ne s'engage pas dans une opération vouée à l'échec. Les tiers également pourraient prétendre à cette information afin de savoir s'ils doivent contracter avec ce même emprunteur. Il est donc clair que l'information-résultat peut avoir une influence notable quant à l'intégrité du consentement à donner (sous/chapitre 1). Cependant, l'article 1108 du Code civil nous dit également qu'une convention n'est valide que « s'il existe un objet certain qui forme la matière de l'engagement ». Bien sûr, dans le cadre des opérations de crédit, l'objet qui forme cette matière est l'argent qui est mis à la disposition de la personne. Or, sur ce point, l'article 1129 précise qu'« il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée dans son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». Cela implique que la convention de crédit ne peut être valablement formée que s'il existe, entre le banquier et le demandeur de crédit, un accord sur la chose et sa quotité, montant du crédit, ainsi que sur le prix, c'est-à-dire le taux d'intérêt pratiqué. Sans ces éléments la convention de crédit ne peut valablement être formée. A cela s'ajoute le fait qu'en pratique le banquier cherche toujours à obtenir une garantie pour protéger sa créance. Il sera alors intéressant d'étudier quel pourrait être l'impact de la notation (score ou cotation Banque de France) à la fois sur les modalités d'octroi du crédit, c'est-à-dire en termes de fixation du montant et du taux d'intérêt applicable à la convention, de prise ou d'apport de garanties, ainsi que sur le possible maintien ou dénonciation de la convention de crédit. Cela revient à se demander si le demandeur de crédit peut, sur la base du résultat, exiger du banquier qu'il lui octroi un crédit à des conditions adaptées à son risque, révélé par la note, en termes de taux d'intérêt, de montant et de garanties. Finalement, se serait là admettre que la fixation des caractéristiques du contrat ne dépendrait plus exclusivement d'un pouvoir ou d'une liberté de gestion du banquier, qu'on croyait jusqu'alors absolue, mais d'un critère objectif, l'analyse du risque que le demandeur de crédit serait libre d'opposer au banquier pour, pourquoi pas, venir remettre en cause la fixation du taux d'intérêt, voire du montant du prêt, ou l'exigence de garanties (sous/chapitre 2).

SOUS/CHAPITRE 1 LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DE L'INFORMATION SUR LA FORMATION DU CONSENTEMENT.

819. Problématique. Nous savons maintenant que l'outil informatique peut générer une note ou une appréciation relativement fine du risque de crédit d'une personne, ou si l'on préfère de sa dignité de crédit. A partir de là, n'est-il alors pas imaginable de considérer

cette évaluation autrement qu'un pur instrument de gestion interne du risque de crédit à l'usage des seuls établissements de crédit ? N'est-il pas au contraire imaginable de faire pénétrer cette appréciation dans une sphère de relation plus large, et qui comprendrait toutes personnes susceptibles d'être intéressées. En somme tout individu qui aurait intérêt, avant de s'engager, à connaître cette évaluation du risque ? Autrement dit, cela revient ni plus ni moins à se demander si la connaissance de la note score ou de toute autre forme d'évaluation équivalente ¹⁶⁸¹ peut être d'une quelconque influence sur la décision de contracter, peut être d'une quelconque influence sur le consentement des personnes ? Concrètement qui pourrait avoir intérêt de façon générale à connaître cette évaluation ? Le demandeur de crédit bien évidemment, mais aussi les tiers que nous pourrions ici qualifier d'intéressés.

820. Distinction demandeur de crédit et souscripteur d'obligations. S'agissant de la première catégorie de personnes, une distinction doit semble-t-il être opérée entre le demandeur de crédit qui s'adresse à l'institution bancaire, et celui qui s'adresse au marché obligataire

821. Communication de la note au demandeur de crédit. Dans la première hypothèse c'est l'établissement de crédit qui est à l'origine de la note en tant que concepteur et instigateur. Alors que dans la seconde hypothèse c'est l'emprunteur directement qui demande à l'agence de notation de lui attribuer une note, laissant à cette dernière le seul rôle de concepteur. La démarche est donc quelque peu différente et permet d'expliquer dans cette dernière hypothèse qu'aucun secret professionnel ni secret des affaires puisse être opposé à l'emprunteur en vue de retenir l'information. Plus encore, cette attitude serait un non-sens juridique puisque l'objet même du contrat passé entre l'agence de notation et le potentiel emprunteur est précisément la fourniture de cette notation. Il serait donc impossible et aberrant de la part de l'agence de notation de retenir la notation sans inexécuter la prestation qu'elle s'était engagée à fournir. Reste que dans ces cas l'intérêt à la connaissance de la note apparaît comme essentiel. En effet, la note étant censée refléter leur dignité de crédit ou du moins leur capacité à emprunter, sa connaissance peut certainement être rangée parmi les éléments aptes à éclairer leur consentement en vue de la prise de décision finale, c'est-à-dire de contracter ou pas. De ce fait, il devient tout à fait légitime de se demander si le bénéfice de cette connaissance doit ou peut être strictement limité à cette forme de relation. Ne peut-on ainsi pas admettre qu'un cercle plus large puisse être tracé en direction de tiers plus ou moins proches de la relation des parties elles-mêmes ? La question mérite certainement un approfondissement.

822. Communication de la notation au souscripteur. Dans le cas des notations des emprunts émis sur le marché, la réponse ne peut être que positive. En effet, comme nous le verrons, la législation en cette matière préconise précisément que les personnes qui désirent émettre de tels emprunts fournissent une notation de leur créance. La note ainsi attribuée a pour objectif premier d'informer les éventuels souscripteurs sur le niveau de risque attaché à la créance. Cette illustration démontre ainsi parfaitement l'importance qui est accordée à ce système de notation quant à la décision de souscription. Celui-ci

¹⁶⁸¹ Appréciation issue de systèmes experts ou d'une segmentation comportementale.

offre ainsi les moyens d'éclairer le marché sur les créances dignes d'intérêt, sur les créances dignes de crédit. Ne minorons pas l'intérêt de l'instrument qui, en informant exactement les éventuels souscripteurs, assure la confiance du public sur l'ensemble du marché. La notation, en participant ainsi à la sécurité des transactions, protège par-là même l'intérêt du marché, l'intérêt de l'économie ou, plus généralement dit, participe à la protection de l'intérêt général. Si l'on s'en réfère à cette philosophie, ne devient-il pas légitime d'envisager une communication similaire dans le cadre, cette fois, du crédit bancaire ?

823. Communication de la note aux partenaires de l'emprunteur. Il n'est dès lors pas, de notre opinion, fantaisiste de considérer qu'une note visant à évaluer la dignité d'un demandeur de crédit bancaire ¹⁶⁸² puisse également servir à éclairer le consentement de personnes qui peuvent être intéressées par le contrat ou, de façon plus générale, qui peuvent avoir intérêt à se renseigner sur cette dignité. On le comprend, dans cette optique, le panel des individus intéressés peut être relativement large, et concerner toute personne ou organisme qui entend traiter avec l'une des parties, établissements de crédit ou demandeur de crédit.

824. Communication à la caution. Au premier chef desquels on trouvera un tiers pas tout à fait comme les autres, la caution. Celle-ci, qui vient garantir par son engagement le remboursement du crédit, dont nous pouvons dire qu'elle fait partie de l'environnement ou de l'économie du contrat de crédit, n'est-elle pas finalement tout autant fondée que le débiteur lui-même à connaître le niveau de risque que ce dernier représente ? Certainement. Mais, elle ne sera pas la seule.

825. Communication aux partenaires. Un fournisseur ou un prestataire de service quelconque, qui envisage une relation avec le demandeur de crédit, ne pourrait-il pas lui-même être considéré comme une personne digne de recevoir communication de l'appréciation attribuée dans le cadre de la relation bancaire ? Outre le fait d'éclairer le consentement de cet individu, et ainsi de protéger son intérêt immédiat, l'intérêt général ne s'en trouverait-il pas protégé d'autant ? A l'égard de ceux-ci l'établissement de crédit ¹⁶⁸³ se comporterait alors en véritable agence de renseignements commerciaux. L'activité n'est bien sûr pas, en soi, interdite. Mais, qu'en sera-t-il lorsque l'information, comme la note score ou la cotation Banque de France, fera partie de celles entrant dans le domaine du secret professionnel ? Le seul intérêt général suffira-t-il à valider la pratique ? Rien n'est moins sûr. Une étude préalable des fondements pouvant justifier une telle extériorisation des résultats informatiques (section 1) devrait permettre d'apporter une réponse à ces questions (section 2).

SECTION 1 Les fondements à l'extériorisation.

826. Plan. L'idée d'une extériorisation des résultats informatiques quelle qu'en soit la

¹⁶⁸² Seront ici envisagés non seulement les systèmes de notation ou d'évaluation issus directement du savoir-faire bancaire (crédit-scoring, appréciation système expert ou segmentation comportementale...) mais également ceux construits par la Banque de France au travers ses cotations.

¹⁶⁸³ Ou Banque de France.

forme, score, cotation, peut, selon nous, trouver sa justification aussi bien sur le plan de l'intérêt économique, individuel ou général (I) que sur le plan juridique (II), notamment, au travers l'obligation d'information mise à la charge du partenaire jugé le mieux informé.

I Fondement économique à l'extériorisation.

827. Problématique. *A priori*, il semble difficile d'imaginer en quoi la communication d'une simple note ou d'une simple appréciation puisse être utile à la personne qui en sera la bénéficiaire. Pourtant, il n'en est rien. En effet, comme nous avons déjà pu l'entrevoir, une telle communication pourrait servir deux intérêts interdépendants de l'économie. D'une part, l'on peut aisément imaginer que par une connaissance de la note le consentement de la personne bénéficiaire s'en trouvera d'autant mieux éclairé (A). En effet, ayant en sa possession les éléments retraçant exactement son niveau de risque, l'on peut penser que celui-ci entrera dans la formation du processus intellectuel de décision du partenaire évalué. Par suite, et d'autre part, on ne peut non plus nier que par cet effort d'externalisation, l'intérêt de l'économie s'en trouve plus ou moins directement protégé. En effet, et c'est particulièrement patent dans le domaine des emprunts faits sur le marché, la sécurité des transactions, au plan économique, ne peut que se voir également renforcée. Mieux éclairés, les différents acteurs de l'économie ne traiteront qu'avec des partenaires qui sont dignes de crédit. Ceci ne peut, incontestablement, que favoriser une saine pratique commerciale, une saine pratique de la vie des affaires. De ce point de vue c'est donc bien l'intérêt de l'économie tout entière, ou, si l'on préfère, l'intérêt général qui sera protégé (B).

A L'amélioration du consentement.

828. Plan. A ce stade de l'étude, l'on peut se demander qui aura intérêt à connaître la note ou plus généralement l'appréciation portée sur le demandeur de crédit. Bien évidemment, puisqu'il s'agit d'éclairer au mieux le consentement, le premier intéressé sera le demandeur lui-même (1°). Mais, la remarque demeure tout aussi pertinente si on l'applique à certains tiers intéressés, de près ou de loin, aux affaires de l'emprunteur (2°).

1° Du client.

829. De l'inopportunité d'une distinction entre particuliers et professionnels. A ce niveau du raisonnement la distinction n'a, en effet, que peu d'intérêt. Tous deux auront intérêt à connaître leur niveau de risque au travers la notation qui leur sera attribuée. Certes, l'on peut penser qu'elle sera plus utile aux simples consommateurs jugés psychologiquement plus fragiles, plus imprudents, voire plus irresponsables que le professionnel ¹⁶⁸⁴. Ce dernier étant généralement estimé plus apte à apprécier les dangers du crédit ¹⁶⁸⁵. Tandis que le simple consommateur, lui, apparaît comme une personne, « inapte à apprécier sainement ses besoins, à en proportionner la satisfaction à

¹⁶⁸⁴ Sophie GDJIDARA, précité, n° 238

¹⁶⁸⁵ Mais, uniquement lorsqu'il emprunte cette qualité, et non pas lorsqu'il intervient en tant que simple consommateur.

l'étendue de ses ressources, et à mesurer la portée de son engagement »¹⁶⁸⁶. Il est vrai que l'image du consommateur ne sort pas grandie de ce portrait. On retrouve là un personnage qui serait incapable de se livrer à un calcul économique simple, qui serait dans l'impossibilité intellectuelle d'opérer un choix libre et éclairé, en somme de prendre une décision seul¹⁶⁸⁷. Pour ce type de personnes, dont on peut néanmoins penser qu'il ne constitue pas en réalité la grande majorité¹⁶⁸⁸, il est tout à fait normal de se préoccuper de l'intégrité et de la réalité de son consentement. L'informer sur son niveau de risque, au travers la communication de sa note, paraît alors légitime, voire nécessaire. Mieux informé, sa décision ne pourra être que plus éclairée. De ce point de vue-là, la communication de la note paraît alors fondamentale.

830. Intérêt de l'information par les scores par rapport aux mentions légales. La connaissance de la note s'avère davantage pertinente que la simple connaissance du taux d'intérêt, de la durée du crédit et de son coût. En effet, ces informations que l'on pourrait qualifier de brutes n'apportent finalement aucune indication sur le risque encouru par la personne en termes de remboursement ou de non-remboursement du crédit. En fait, cette information, prévue par les textes¹⁶⁸⁹, ne permet pas d'insister sur le niveau de risque de l'emprunteur. Un auteur a pu dire, fort justement à notre sens, qu'« il est illusoire de penser que le formalisme informatif, qui multiplie les causes obligatoires et les annexes standardisés, améliore de façon significative les facultés de compréhension et les connaissances réelles des contractants profanes. Une information stéréotypée, non adaptée au cas du cocontractant en état de faiblesse est à l'inverse de ce qu'impose l'ordre public de protection »¹⁶⁹⁰. On ne peut alors s'empêcher, à la lecture de ces quelques phrases, de songer à ce que pourrait apporter une information précise sur le niveau de risque encouru par l'emprunteur éventuel. Certainement une information plus claire, plus simple et surtout plus parlante sur l'opportunité de contracter ou pas. Il est pour nous indéniable que la connaissance de la note milite dans le sens d'une prise de décision éclairée. Cela est certainement vrai pour les particuliers, mais çà l'est, nous semble-t-il, également pour le professionnel qui entend contracter un crédit.

831. Intérêt de la connaissance de la note pour l'entreprise. Il n'y a en effet aucune raison d'écarter ce type d'analyse pour ce genre de personne. Il n'est effectivement pas du tout évident que l'entrepreneur individuel connaisse mieux son

¹⁶⁸⁶ Sophie GDJIDARA, précité, n° 238.

¹⁶⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸⁸ Ce profil, peu glorieux, du consommateur correspond davantage à un souci de protection de ce dernier face à l'agressivité de certains organismes prêts à vendre du crédit, parfois, au mépris des règles les plus élémentaires de prudence, notamment dans le cadre des ventes à crédit ou à tempérament sur le lieu de vente.

¹⁶⁸⁹ Article L. 311 - 4 et suivants pour le crédit à la consommation, notamment article L. 311 - 10 ; article L. 312 - 4 et suivants pour le crédit immobilier, notamment article L. 312 - 8.

¹⁶⁹⁰ Christophe BOURRIER, « La réforme des mentions obligatoires », in journée d'études de Dijon du 14 mai 2000 relative à « La loi sur le crédit à la consommation à l'épreuve des nouvelles pratiques de distribution du crédit », page 10.

niveau de risque que l'établissement de crédit lui-même. Souvent, dans le cas des petites entreprises, le dirigeant attend du banquier qu'il lui donne une information sur son risque. En effet, le chef d'entreprise n'a bien souvent qu'une vision, d'ailleurs plutôt optimiste, incomplète de sa santé économique et financière. Cette vision parcellaire peut avoir plusieurs causes. Elle peut provenir d'une tendance générale du chef d'entreprise à surestimer les capacités et la situation de son entreprise et, à l'inverse, de sous-estimer les éventuels problèmes qui peuvent ou pourraient survenir. Mais cette vision peut également simplement provenir d'un manque de compétence ou d'outils pour apprécier au plus juste son niveau de risque réel. Or, l'établissement de crédit, lui, aura les moyens humains et techniques d'évaluer au plus juste ce risque. Les techniques de crédit-scoring, les systèmes experts, l'accès à la cotation Banque de France en sont autant d'illustrations. Or, il faut reconnaître qu'il serait particulièrement dommageable de se priver de ce genre d'instrument afin de faire prendre conscience au demandeur de crédit son réel niveau de risque en termes de non-remboursement. Dès lors, au même titre que pour les particuliers, la communication du score devrait pouvoir aller dans le sens d'une amélioration du consentement et donc de la prise de décision elle-même. Cette vue se vérifie tout particulièrement dans le cadre des emprunts émis sur le marché.

832. Illustration de l'intérêt à la connaissance de la note pour l'entreprise. En effet, lorsqu'une entreprise, souvent de grande taille, entend faire appel au marché obligataire, elle fait appel à une agence spécialisée, et dont le métier est de noter la créance qui sera émise sur le marché. Très brièvement ¹⁶⁹¹, on peut dire que la notation est l'évaluation par une agence spécialisée du risque de non-remboursement, en temps et en heure, d'un emprunt émis sur le marché. Si elle n'est pas obligatoire dans le cadre des émissions obligataires, elle est toutefois fortement recommandée par les autorités de contrôle boursières ¹⁶⁹². De plus, il serait en pratique difficile à un emprunteur sur le marché de se passer d'une telle notation. En effet, un emprunt sans note ne ferait qu'attirer la plus grande méfiance des souscripteurs potentiels, ce qui n'aurait pour effet que de les éloigner de cette créance. Or, l'objectif étant d'attirer les souscripteurs, on comprend que tous les émetteurs font noter leur créance ¹⁶⁹³. Mais, en faisant établir cette note, l'emprunteur entend bien recevoir en contrepartie une évaluation de son niveau de risque qu'il ne connaît pas forcément. En effet, l'un des intérêts affichés par les agences de notation est de faire connaître la qualité du risque de crédit à l'emprunteur lui-même. Cette volonté peut donc être, à elle seule, le fait générateur de la notation. Cela démontre parfaitement que l'emprunteur ne connaît pas toujours le niveau réel de son risque, et qu'il entend qu'un organe extérieur spécialisé dans ce genre d'étude le lui fournisse en parfaite objectivité. La notation aura alors dans ce cas une indéniable vertu informative sur le plan de la prise de décision. En effet, si la note initiale ne satisfait pas l'émetteur, il pourra simplement refuser qu'elle soit publiée, mais renoncera du même

¹⁶⁹¹ Nous verrons plus loin, de façon plus approfondie, la philosophie et l'intérêt de ce mécanisme, *infra* n° 847 et n° 848.

¹⁶⁹² En ce sens, voir Olivier LICHY-SEGURE, précité, Les Petites Affiches, n° 107, 6 septembre 1991, page 18.

¹⁶⁹³ Eric PAGET-BLANC, « Endettement et détection du risque », *in* colloque, « De l'endettement au surendettement des entreprises », Gazette du Palais, 22 et 23 septembre 1999, page 24, colonne n° 2 *in fine*.

coup à l'émission. Au regard de cette hypothèse, l'on perçoit bien que l'émetteur n'a pas toujours une exacte perception de son risque, et que la notation extérieure a le mérite de lui dévoiler. Pour l'émetteur donc la connaissance de la note est l'élément essentiel de sa décision de recourir ou non à l'emprunt. Sur le plan de la formation du consentement la note joue donc un rôle prépondérant. Mais, il n'est sans doute pas le seul pour qui cette note apparaît comme capitale. Car, s'il est vrai que celui qui s'engage à rembourser doit être informé du risque qu'il prend, cela n'exclut pas que d'autres plus ou moins intéressés par ce niveau de risque soient également informés. D'ailleurs, si l'on s'en tient spécifiquement à la notation financière, son but n'est-il pas justement d'éclairer le consentement des éventuels tiers-souscripteurs ?

2° Des tiers.

833. Plan. Dans le cadre du crédit émis sur le marché, nous venons de l'entrevoir, les éventuels investisseurs seront les premiers intéressés par la connaissance de la note (b./). Cependant, si l'on se place cette fois dans l'hypothèse d'un crédit classique, c'est-à-dire distribué par un établissement de crédit, un candidat à la connaissance de la note apparaît tout désigné, c'est la caution (a./).

a./ La caution.

834. Problématique. Qu'elle soit caution particulière ou caution professionnelle, cette dernière devra être tenue au remboursement du crédit en cas de défaillance du débiteur principal. Il paraît alors naturel qu'elle soit informée du niveau de risque de l'emprunteur. En effet, son engagement ne peut se faire à la légère. Il nécessite que sa capacité de discernement ne soit pas diminuée par le silence gardé sur un élément important relatif à la solvabilité réelle du débiteur principal. Ainsi, si l'on veut que la caution contracte en pleine connaissance de cause ne serait-il pas opportun de lui communiquer l'élément qui est censé retracer le niveau de risque du demandeur de crédit ? La réponse semble aller de soi. Si la caution pouvait avoir connaissance de la note score ou expert, et plus généralement de toute appréciation synthétique (cotation Banque de France, segmentation...), supposée retracer cette dignité de crédit, il est clair qu'elle pourrait s'engager en pleine connaissance de cause. Pour elle donc il est absolument irréfutable que la connaissance de l'appréciation délivrée dans le cadre d'une demande de crédit permettra un consentement et une prise de décision davantage éclairée. Certes, comme pour le demandeur de crédit, la caution a droit à une information.

835. L'intérêt des scores face à une information légale parcellaire. Ainsi, peut-on citer pour la caution personne physique qui garantit un crédit accordé à une entreprise, l'obligation pour l'établissement de crédit de l'informer de la situation du débiteur principal sous peine de perdre son droit aux intérêts nés pendant la période concernée¹⁶⁹⁴. Mais, cette disposition, comme l'on peut s'en rendre compte, est largement limitée. D'une part, elle ne concerne que les cautionnements faits envers les emprunteurs entreprises, d'autre

¹⁶⁹⁴ Article 48 de la loi du 1er mars 1984. Voir sur ce texte, Jean-François CLEMENT, « Le banquier, vecteur d'informations », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 04 – 06/1997, n° 6. Voir aussi, Thierry BONNEAU, « Droit bancaire », 2e édition, Monchrétien, 1996, n° 685 et suivants ; Jean-Louis GUILLOT, « Transparence et banque », Revue de Jurisprudence Commerciale, 1993, page 150.

part, et surtout, elle n'a lieu qu'annuellement et après l'engagement. On peut donc s'interroger sur l'utilité d'une telle mesure au regard de la formation du consentement, si ce n'est peut-être l'avantage de faire prendre conscience à la caution, mais après coup, de l'étendue des dégâts. Plus pertinente est la disposition de la loi du 31 décembre 1989 dite loi NEIERTZ, codifiée à l'article L. 313 - 7 du Code de la consommation et qui vient imposer, à peine de nullité de l'engagement, une mention manuscrite longue et détaillée¹⁶⁹⁵ destinée à donner au garant une bonne connaissance de la nature et de l'étendue de l'engagement que le banquier lui demande de souscrire. On peut remarquer que cette mesure n'a pour but que d'informer la caution sur l'étendue de son engagement, mais elle ne l'informe nullement du niveau de risque du débiteur. Or, l'on peut se demander dans quelle mesure une telle information ne serait pas de nature à l'éclairer sur la décision à prendre. En somme, l'information pertinente pour l'amélioration du consentement de la caution n'est-elle pas celle qui lui permettrait de savoir quelles sont les chances pour que le débiteur principal rembourse ou non le crédit ? Pour notre part, nous pensons que la connaissance exacte du niveau de risque du demandeur de crédit serait mieux à même de protéger la caution. Car, bien souvent, l'un des éléments déterminants de l'engagement de la caution demeure la capacité présente et future du demandeur à honorer ses engagements. En effet, quelle personne se porterait caution tout en sachant qu'elle a de fortes chances d'être appelée en garantie ? Pour la caution, la connaissance de la note ou de la cote retraçant le niveau de risque du demandeur de crédit ne serait donc pas de trop au plan de la formation du consentement. C'est là une évidence qui apparaît encore plus nettement pour les souscripteurs éventuels aux emprunts émis sur le marché.

b./ Les souscripteurs des créances obligataires.

836. La notation : élément déterminant de la décision. Nous avons évoqué précédemment ce que représentait la notation financière. Celle-ci constitue un indicateur du risque de défaut d'une entreprise. Elle a pour objectif d'évaluer la capacité d'une entreprise à honorer le service de sa dette, la capacité d'une entreprise à faire face à ses échéances futures, à court ou long terme. Mais, cette évaluation n'est établie que dans un but bien précis, informer les investisseurs potentiels sur le risque de défaut¹⁶⁹⁶. En effet, « Bien qu'elles aient pour clients les émetteurs, les agences ont pour vocation première de servir les investisseurs »¹⁶⁹⁷. Or, le service qui leur est rendu ne consiste, ni plus ni moins, qu'à leur communiquer une note censée retracer le niveau de risque de l'émetteur. Le niveau de risque étant fixé par rapport à une échelle de notation allant généralement

¹⁶⁹⁵ Article L. 313 - 7 du Code de la consommation : « En me portant caution de X, dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de... , je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X n'y satisfait pas lui-même ». Voir sur ce point, étude d'Eric PAGET-BLANC, précité.

¹⁶⁹⁶ Nous laissons volontairement de côté un cas de notation bien précis : la notation référence, qui n'est pas liée à une émission particulière, qui constitue une appréciation globale de la solvabilité d'un émetteur, et qui permet, notamment, de faciliter les discussions entre ce dernier et d'éventuels prêteurs, en se basant sur une référence objective.

¹⁶⁹⁷ Eric PAGET-BLANC, précité, page 24.

de la note AAA pour laquelle le risque de défaillance sera le plus faible à B- pour laquelle le risque de défaut est élevé¹⁶⁹⁸. L'éventuel souscripteur n'a généralement¹⁶⁹⁹ que cette seule information pour prendre sa décision. Ceci démontre clairement qu'une simple note peut, à elle seule, suffire à emporter le consentement. L'on ne peut nier l'impact d'une telle information sur le consentement lui-même. Sa connaissance fait donc incontestablement partie des éléments qui emportent, si ce n'est le consentement, comme dans le cadre des emprunts émis sur le marché, au moins l'amélioration du consentement. Et, indirectement, l'on comprend aisément que la sécurité des transactions s'en trouve renforcée. Mieux éclairées les personnes ne contracteront qu'avec ou que pour les agents qui sont dignes de crédit. Ce qui ne peut que servir au final l'intérêt de l'économie tout entière. On trouve ainsi dans ce dernier objectif un autre fondement à l'extériorisation des résultats informatiques qui pourtant étaient censés rester secrets.

B La protection de l'intérêt général.

837. Problématique. Une information pertinente sur le niveau de risque ne peut qu'aller dans le sens d'une saine pratique des affaires. Elle ne peut aller qu'en améliorant les relations commerciales. C'est là un effet direct d'un consentement parfaitement éclairé. Celui qui a en main les principaux éléments du risque sera forcément mieux à même d'exercer son discernement et donc à ne pas se tromper quant à la décision finale à prendre. Autrement dit, il sera en position de contracter opportunément. Or, celui qui contracte de la sorte protège forcément son propre intérêt, mais également l'intérêt de l'économie tout entière. Cela se vérifie aussi lorsque la personne dont le consentement est éclairé est le demandeur de crédit lui-même (1°), mais également et surtout lorsque la personne est un tiers intéressé par la dignité du demandeur de crédit (2°).

1° Intérêt général et demandeur de crédit.

838. Demandeur particulier. Si le demandeur qui vient solliciter un crédit est correctement informé, c'est-à-dire s'il a accès à son niveau de risque, sa décision finale, comme nous l'avons souligné, ne peut être que plus juste et adaptée à sa propre situation. L'intérêt général dans tout cela pourra-t-on se demander ? Il est pourtant clair qu'en décidant de contracter ou plutôt de ne pas contracter lorsque son risque lui apparaîtra comme trop élevé, ce dernier évitera de grever son patrimoine d'une dette qui serait trop lourde à supporter. Or, nous savons que les cas de surendettement ont depuis de longues années une forte propension à augmenter¹⁷⁰⁰. C'est là une réalité que l'on ne

¹⁶⁹⁸ Pour une vision des différentes notes possibles, voir *ibidem*, page 26, et Jeanne-Françoise de POLIGNAC, « Les améliorations relatives à la notation », *in* colloque de l'Université d'Auvergne du 14 mars 2003, « Information financière : quelles nouvelles données ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, supplément, n° 63, septembre 2003, page 33 et suivantes. Voir aussi, Jean-Pierre MATTOUT et Stéphane MOUY, « La notation », *Bulletin Joly, Bourse et Produits Financiers*, septembre - octobre 1994, page 441 et suivantes, notamment tableau synthétique page 458.

¹⁶⁹⁹ Selon son niveau d'initiation, le souscripteur peut être amené à consulter d'autres sources d'information, par exemple la consultation des comptes de l'entreprise lorsqu'une publication est assurée. Ce qui est généralement le cas, car bien souvent se sont les grandes entreprises qui recourent à cette forme de financement.

peut ni nier ni négliger. L'ignorance n'est-elle pas mère de tous les maux ? Nous disait Jean-Jacques Rousseau. Cette affirmation se vérifie tout particulièrement dans le commerce du crédit. De là, il ressort qu'un individu mieux informé ou plutôt, devrions nous dire, bien informé sur son réel niveau de risque ne pourra que prendre des décisions plus opportunes pour lui et indirectement pour l'économie en générale. En effet, nous savons également que le règlement des situations de fort endettement ou de surendettement représente un coup sérieux pour l'économie. D'abord parce qu'il faut concrètement organiser les procédures de règlement de ces situations, notamment par la mise en place de commissions de surendettement, et ceci a un coût humain, matériel et financier. Ensuite parce que dans le plan d'apurement du passif, les créanciers, quels qu'ils soient, doivent opérer des sacrifices financiers : rééchelonnement de leur dette, moratoires, voire, dans les cas les plus sensibles, abandon pur et simple de leurs créances. Or, il ne faut pas être un spécialiste de l'économie pour deviner que les créanciers auront tendance à répercuter les pertes engendrées par ces dossiers sur les autres clients, mais aussi à durcir leurs conditions d'accès au crédit. Or, l'on ne peut dire qu'une telle politique soit à terme propice au développement économique. Les conditions d'accès étant plus dures et plus coûteuses, les investissements et la consommation auront ainsi tendance à fléchir. Pour éviter d'en arriver à de telles situations, seules les personnes qui sont dignes de confiance doivent pouvoir contracter. Cette dignité étant marquée par la note score ou expert, il nous paraît logique que le demandeur lui-même puisse en avoir connaissance. Bien évidemment, cela suppose d'avoir du demandeur de crédit une autre image que celle de l'être faible intellectuellement et incapable de dire où se trouve son propre intérêt. Bien au contraire, cette vision des choses suppose que l'on ait affaire à une personne capable de raisonner, libre de choisir et non pas aveuglée ou obsédée par le besoin de consommer. Le raisonnement pourrait bien évidemment être reproduit pour le cas où le client n'est plus un particulier, mais un professionnel.

839. Demandeur professionnel. Eclairer le consentement du professionnel par la communication de sa note score ou de sa cotation Banque de France, peut apporter davantage de protection au client lui-même, et à ceux qui entendent contracter avec lui. En effet, par la connaissance de son niveau de risque, le chef d'entreprise peut être amené à réduire son niveau d'endettement envers les banques ou à modifier son comportement afin de rehausser sa cotation Banque de France, dont nous avons vu les modes d'élaboration ¹⁷⁰¹. Ainsi, pourra-t-il améliorer sa situation financière qui aurait pu devenir délicate par un endettement excessif. De plus, à trop dépendre du crédit, l'on peut se trouver rapidement en situation difficile lorsqu'il s'interrompt brutalement. Finalement, la connaissance de son risque ne peut qu'inciter le professionnel à assainir sa situation s'il en est besoin. A défaut, la tendance naturelle des responsables dirigeants sera d'assouvir leur besoin en crédit ce qui, les cas de soutiens abusifs ou de crédits excessifs n'étant pas hypothèse d'école, pourrait précipiter l'entreprise à la déconfiture. Les charges de remboursement devenant trop lourdes par rapport aux revenus qu'assure l'activité, la

¹⁷⁰⁰ Voir les chiffres du surendettement, *in* rapport du Conseil économique et social, « Endettement et surendettement des ménages », éditions du Journal Officiel, 2000.

¹⁷⁰¹ *Supra* n° 62 et suivants.

situation deviendra très vite ingérable. Or, au plan économique l'on ne peut dire qu'une multiplication trop importante des cas de faillite soit une bonne chose surtout lorsqu'elle touche des secteurs très ciblés. La confiance des clients et des fournisseurs de toutes sortes, y compris les établissements de crédit, sera très vite ébranlée. Ce qui au final ne favorisera pas l'essor de l'économie du secteur, et par prolongement de l'économie en général. La connaissance du niveau du risque par les professionnels n'est donc pas une futilité, mais doit en pratique permettre l'adaptation des comportements favorables à une bonne tenue des affaires. Les dirigeants d'entreprises ne doivent pas attendre en bons croyants que les établissements de crédit décident de leur sort, mais doivent au contraire pouvoir décider eux-mêmes de l'opportunité à contracter. Et cela suppose évidemment qu'ils soient informés davantage et plus précisément du risque qu'ils représentent. La communication de la note score participe donc de ce mouvement. Mais si la connaissance de la note ou de la cotation Banque de France est utile à la gestion du chef d'entreprise, l'on peut se demander si elle ne serait pas encore plus indispensable aux partenaires ou aux éventuels partenaires de l'entreprise elle-même, et ce dans un but de protection de l'intérêt général.

2° Intérêt général et tiers.

840. Philosophie à la base du concept. En effet, finalement si l'on veut protéger l'intérêt de l'économie n'est-il pas préférable d'informer les partenaires actuels ou potentiels des demandeurs de crédit afin qu'ils ne contractent qu'avec ceux qui sont dignes de crédit ? L'on comprend fort bien la philosophie qui se dessine derrière cette volonté. En éclairant le consentement de ces personnes par la communication du niveau de risque de l'emprunteur ou, plus généralement, de l'entreprise, voire du particulier, on évitera dans une certaine mesure que ces derniers contractent avec des agents indignes financièrement ou qui risquent de le devenir. L'économie tout entière n'y gagne-t-elle pas elle aussi ? Assurément, puisque les tiers en contractant avec des personnes qui sont dignes de crédit, évitent par-là même bien des déboires sur leur propre situation financière. Car, à trop contracter avec des personnes indignes, on se met soit même en difficulté. Ainsi, par cascade un certain nombre de partenaires risquent d'être touchés jusqu'à, pour les plus fragiles, la déconfiture. Or, la disparition ou la mise en difficulté d'une entreprise n'est jamais bon signe en termes d'emploi et d'activité. L'intérêt de l'économie s'en trouvera donc indirectement atteint. Ce constat est patent lorsque le partenaire se trouve être un établissement de crédit.

841. Impact de la décision bancaire sur le comportement des tiers. Nous avons déjà pu dire que le négoce de l'argent n'était pas un métier comme les autres. Le banquier véhicule une chose dangereuse : l'argent. De ce fait, lorsqu'il prend sa décision il ne doit pas seulement tenir compte de ses propres intérêts mais également de ceux des autres, et notamment des créanciers de l'éventuel emprunteur qui pourraient avoir à souffrir d'un crédit excessif. Il ne peut faire fi des répercussions des décisions qu'il prend pour l'entreprise et pour l'économie du pays. La décision du banquier est souvent perçue par les acteurs extérieurs comme un signal, positif ou négatif, qui emporte la confiance ou la méfiance envers le sujet de la décision¹⁷⁰². Ce dernier, par ses décisions, influence, qu'il le veuille ou non, le choix des partenaires actuels ou futurs de l'entreprise. C'est

pourquoi il doit tenir compte dans ses décisions de l'intérêt des autres, de l'intérêt général.

842. Intérêt à l'extériorisation de l'appréciation bancaire. Or, en dehors de ses propres décisions comment pourrait-il assurer la protection des tiers et par prolongement de cet intérêt général, si ce n'est en acceptant de communiquer son appréciation du risque aux éventuels partenaires du demandeur de crédit de l'emprunteur, afin qu'ils ne contractent qu'avec des personnes qui sont dignes de crédit ? Or, la notion de partenaire peut être appréhendée de façon assez large et intégrée aussi bien les filiales bancaires ou non bancaires que les fournisseurs ou les clients de l'entreprise concernée. Toutes ces personnes, dans la mesure où elles entendent contracter avec la personne sujette à évaluation, et qui prennent un risque de non-paiement de leurs créances, se trouvent fondées à réclamer une information sur cette personne. Leur information protège leurs intérêts mais aussi l'intérêt de l'économie par la sécurité des transactions qu'elle peut amener. Plus confiants, car mieux informés, les différents partenaires seront plus enclins à contracter, ce qui sur le plan du développement économique n'est pas anodin, ou à ne pas contracter ce qui évitera les déconfitures en cascade. Dans les deux cas, l'économie sort gagnante. « Les banques sont trop bien placées pour qu'on puisse faire l'économie d'une obligation générale et permanente d'information » disait un auteur¹⁷⁰³.

843. Plan. Mais concrètement dans quel cadre cette information pourrait-elle intervenir ? Nous venons de dire que la notion de tiers intéressé pouvait être perçue de façon assez large et concernait aussi bien l'environnement juridique et économique direct de la banque (a./) que les tiers qui entendent contracter pour quelque cause que ce soit avec le sujet de l'évaluation (b./). Voyons ce qui peut en être.

a./ L'intérêt général vu sous le prisme de l'environnement bancaire.

a-1 Société mère et filiales.

844. Contexte. Il est assez rare de nos jours qu'un établissement de crédit intervienne de façon isolée et indépendante. Autrement dit, bien souvent les banques ont diversifié leurs activités et ont ainsi étendu leurs domaines de compétences à d'autres secteurs de l'économie. De plus la concurrence n'étant pas absente du secteur bancaire beaucoup d'entre elles ont dû opérer, en même temps que la diversification des activités, une spécialisation suivant le secteur visé : crédit immobilier, crédit à la consommation, conseil... Tout cela ne pouvait qu'amener les banques à la restructuration tant interne qu'externe. Ainsi, beaucoup d'entre elles, pour être présentes dans le secteur du crédit à la consommation, n'ont pas hésité à procéder par voie de rachat de sociétés financières spécialisées. L'évolution du métier de banquier s'est formalisée par une certaine dose de filialisation bancaire¹⁷⁰⁴. Nous savons également que certaines banques universelles

¹⁷⁰² Sur ce thème, voir Laurent VILANOVA, « La décision de prêt bancaire comme signal imparfait sur l'emprunteur », Revue d'Economie Financière, n° 42, 1997, page 217 et suivantes.

¹⁷⁰³ Jean-François CLEMENT, précité, n° 10, page 208.

¹⁷⁰⁴ Ainsi, on apprend dans le rapport du Conseil Economique et Social pour l'année 2000 intitulé, « Endettement et surendettement des ménages », page 54, que le Crédit Agricole détient 100 % de la Sofinco, Paribas détient également 100 % du Cetelem, que la Société Générale détient 100% de Franfinance...

n'ont pas hésité à entrer de plain-pied dans l'activité de l'assurance donnant naissance à l'activité dite de bancassurance¹⁷⁰⁵. L'idée de groupe bancaire n'est elle-même pas absente¹⁷⁰⁶. Dans ce dernier schéma les liens juridiques et financiers sont moins forts que dans le cas de la filialisation, mais ces liens, financiers surtout, existent. Comment dans ce contexte ne pas imaginer, ni souhaiter, dans un but de bonne distribution du crédit que les informations type score ou cotation Banque de France circulent entre ces différentes composantes.

845. Connaissance de la note par les filiales et protection de l'intérêt général.

N'est-ce pas de l'intérêt de tout le monde, et donc de l'économie en générale, que le partenaire soit informé du niveau de risque de la personne avec laquelle il entend contracter ? Certes, il existe quelques obstacles d'ordre juridiques qui pourraient aller contre l'idée¹⁷⁰⁷. Cependant, mieux éclairé sur la dignité de la personne qui se présente à lui, la décision ne peut être que plus opportune et ce dans l'intérêt immédiat du partenaire, mais également dans celui de la vie des affaires, de la sécurité des transactions. Que l'on songe un seul instant à la filiale bancaire qui s'apprête à consentir un crédit à la consommation à une personne (pourtant non fichée) et qui apprend par la société mère que cette dernière a eu maille à partir avec celle-ci ou que dans le cadre d'une demande de crédit elle a été jugée totalement indignes de crédit¹⁷⁰⁸. Par cette simple transmission du niveau de risque d'une personne, au travers par exemple sa note score ou sa cotation Banque de France, l'on éviterait ainsi des engagements préjudiciables sur le plan économique. La communication élargie d'une appréciation synthétique et de la dignité de crédit d'une personne a donc certainement un rôle à jouer dans l'optique d'une bonne distribution du crédit et d'une meilleure protection de l'intérêt général. Et si ce constat peut être fait à ce niveau, il peut l'être également s'agissant cette fois de tiers qui ne font pas partie de l'environnement bancaire.

a-2 Etablissement de crédit et tiers.

846. Problématique. Il s'agira alors ni plus ni moins que d'étendre l'information à de simples partenaires clients ou fournisseurs qui entendent contracter avec la personne sujette à évaluation. Dans ce cadre, ce qui est recherché c'est la sécurité des transactions ou autrement dit une saine pratique des affaires. Bien évidemment, pour les particuliers l'information ne serait pas dénuée de tout intérêt. Cependant, l'information apparaît davantage nécessaire dans le milieu des affaires, les relations étant censées être plus soutenues et perdurer davantage dans le temps. C'est donc pour ces dernières que l'information sera la plus utile. L'on peut alors penser que les partenaires auront besoin d'une information rapide et synthétique, rapidité des transactions oblige. Or, s'ils

¹⁷⁰⁵ Par exemple, le Crédit Agricole devient un acteur important de l'activité d'assurance grâce à sa filiale Pacifica. L'imbrication de ces activités est telle que souvent le client a du mal à distinguer le banquier de l'assureur. Quoi de plus naturel si l'on considère que c'est la même personne qui reçoit et traite les opérations du client.

¹⁷⁰⁶ Dont l'un des plus illustre est sans doute le groupe CIC.

¹⁷⁰⁷ *Infra* n° 862 et suivants.

¹⁷⁰⁸ Ce qui pose indirectement le problème de l'interconnexion des fichiers bancaires.

pouvaient obtenir communication d'une note score, et peut être davantage encore communication de la cotation Banque de France, celle-ci ayant un caractère de permanence que n'a pas le score sur demande de crédit ¹⁷⁰⁹, cela leur évitera certainement de contracter avec des personnes indignes de crédit. La généralisation d'un système d'information ne pourra, à terme, que favoriser une saine pratique des affaires. Et comme nous l'avons dit la sécurité des transactions s'en trouvera augmentée, la confiance renforcée, ce qui ne peut que stimuler la décision de contracter avec les personnes dignes d'intérêt et seulement celles-ci. L'intérêt général de l'économie ne peut donc qu'en sortir glorifié ¹⁷¹⁰. C'est d'ailleurs bien la même philosophie qui préside dans le cadre des emprunts sur un marché.

b./ Intérêt général et information des tiers.

847. Intérêt général, Intérêt du marché et information des tiers. En effet, si les autorités obligent ou recommandent fortement l'usage de la notation ce n'est certainement pas pour incommoder les emprunteurs. La notation, dans le cadre du marché obligataire, a une fonction bien précise : informer, éclairer le consentement des éventuels souscripteurs d'emprunts. Toutefois, si l'on pousse davantage encore l'analyse l'on pourra s'apercevoir que ce souci d'information nourrit en fait, et indirectement, un objectif supérieur : l'intégrité des transactions et par-là même la sécurité du marché tout entier. En effet, qu'advierait-il de la confiance placée dans ce type de transactions, si les émetteurs proposaient tout et n'importe quoi aux souscripteurs. Qu'advierait-il de l'existence même de ce marché s'il devenait le lieu où les souscripteurs ne sont jamais remboursés de leurs investissements ? Un tel système n'aurait en pratique que peu de chances de survie. En revanche, en donnant une analyse précise du niveau de risque encouru, les souscripteurs savent à quoi ils s'engagent et ne peuvent rejeter la responsabilité de leur éventuel mauvais choix sur le système. Les agences de notation engageant leur responsabilité morale, ou plus exactement leur réputation, par leurs notations, les investisseurs trouvent sans doute là la meilleure garantie qui soit quant à l'exactitude de la notation, et corrélativement quant à la confiance qu'ils peuvent accorder au marché ¹⁷¹¹. La notation des emprunts émis sur le marché constitue sans nul doute le meilleur exemple qui puisse être trouvé de l'intérêt à porter aux informations-résultats en termes d'amélioration du consentement. Pour autant il ne suffit pas de démontrer qu'une telle notation est utile pour un certain nombre de personnes ainsi que pour l'intérêt général, pour que sa communication s'impose. Encore faut-il lui trouver un fondement juridique pertinent.

II Fondement juridique à l'extériorisation : l'obligation générale

¹⁷⁰⁹ Mais, on peut imaginer que l'établissement de crédit possède un score de comportement ou une note ayant pour but l'acceptation des effets de commerce dont la permanence est nécessaire.

¹⁷¹⁰ Mais, il est vrai qu'en agissant de la sorte, les établissements de crédit se comportent en véritable agence de renseignements dont nous verrons plus loin quelles peuvent être les limites en termes d'informations à livrer, et en termes de responsabilité encourue. Voir *infra* n° 895 et suivants, notamment n° 899 et suivants.

¹⁷¹¹ Sur ce dernier point, voir Eric PAGET-BLANC, précité, page 27, 1e colonne.

d'information.

848. Démarche. A titre liminaire, nous ferons remarquer qu'il est particulièrement difficile de trouver un fondement juridique lorsque l'externalisation concerne des tiers parfaits. C'est-à-dire des tiers qui n'ont pas de lien juridique avec le demandeur de crédit lui-même. Ainsi, s'agissant des tiers fournisseurs ou clients, outre la protection de l'intérêt général, il n'existe à notre connaissance aucun fondement juridique qui pourrait justifier la pratique. En revanche, lorsque l'on parle du demandeur de crédit et de sa caution il devient beaucoup plus aisé de trouver un fondement juridique à l'extériorisation des informations-résultats. Selon nous, ce fondement doit être recherché dans l'obligation générale d'information qui peut être mise à la charge des établissements de crédit. Bien évidemment s'agissant du demandeur de crédit l'on aurait pu ajouter pour fondement les dispositions de la loi informatique et libertés et notamment ses articles 2 et 3 déjà étudiés. Mais nous avons vu que l'objectif de cette loi n'était absolument pas d'éclairer le consentement du consommateur dans la conclusion d'un contrat, mais uniquement la protection de l'individu contre les risques d'abus ou de dérive de l'outil informatique. C'est donc une toute autre démarche que nous abordons ici, et qui s'inscrit dans le cadre de la formation du contrat. Or, il est classique lorsque l'on aborde la question de se pencher sur l'existence et l'intégrité du consentement qui préside à la formation du contrat. Or, sur ce plan l'obligation d'information mise à la charge du sachant a un rôle déterminant à jouer.

849. Définition de l'obligation générale d'information. Celle-ci existe, « Lorsqu'une des parties connaît un fait dont elle sait l'importance déterminante pour la conclusion du contrat, et que l'autre partie, soit est dans l'impossibilité de se renseigner elle-même, soit peut légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat ou de leurs qualités respectives »¹⁷¹². Autrement dit, le contractant supposé, pour diverses raisons, le mieux informé doit, sur la base de cette obligation d'information, porter à la connaissance de son partenaire tous les éléments d'information pertinents nécessaires à la formation du contrat¹⁷¹³.

850. Plan. De cette définition, il peut être retiré plusieurs éléments. D'une part, que l'obligation d'information trouve sa source dans l'inégalité des parties en termes d'information, obligeant le sachant sur la base d'un devoir de loyauté et de bonne foi à révéler à l'autre cette information. On trouve ainsi dans ces deux derniers préceptes, inégalité et bonne foi, les fondements premiers de l'obligation d'information (A). Et d'autre part, que cette même obligation ne peut exister que si deux conditions sont réunies (B). C'est-à-dire qu'elle porte sur un fait pertinent et dont l'ignorance est légitime chez le créancier de l'information.

A Fondement à l'obligation générale d'information.

851. Problématique. Comme nous venons de l'annoncer, bonne foi et inégalité des

¹⁷¹² François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, précis Dalloz, « Droit des obligations », 6e édition, 1996, page 187.

¹⁷¹³ Patrick MISTRETTA, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : application et implication d'une jurisprudence évolutive », Les Petites Affiches, 1998, n° 67, page 4.

parties permettent l'émergence de cette obligation d'information mise à la charge de celui qui est supposé le mieux informé au profit de celui dont la position ne lui permet pas de s'informer lui-même correctement ¹⁷¹⁴ .

1° La bonne foi, la loyauté et le devoir de coopération ¹⁷¹⁵ .

852. Les concepts commandant la communication à l'autre des faits pertinents. Nous avons déjà largement étudié ce qui pouvait ressortir de telles notions. C'est pourquoi nous ne nous attarderons pas longuement sur ces dernières. Cependant, appliquées à la circonstance, nous pouvons néanmoins souligner qu'étant liés ou amenés à être liés par un certain nombre d'intérêts communs, dont le principal est représenté par le remboursement du crédit, établissement de crédit et demandeur de crédit sont censés coopérer entre eux dans le but d'une prise de décision parfaitement éclairée. Cela est vrai pour le demandeur de crédit qui doit entièrement renseigner le banquier sur sa situation. Mais, cela est également vrai pour l'établissement de crédit qui, en retour, doit permettre au demandeur d'apprécier son niveau de risque. En effet, par son expérience, par sa compétence, l'établissement de crédit est sans doute le mieux à même de porter un jugement sur la qualité du demandeur, sur sa dignité de crédit devrions nous dire, que ce dernier lui-même ¹⁷¹⁶ . On pourra alors dire que le banquier détient sur le demandeur une information pertinente ignorée de ce dernier, et que la bonne foi, la loyauté et le devoir de coopération commanderaient de révéler. Effectivement, il nous semble, lorsqu'un contractant, de par sa position, détient une information susceptible d'influencer le choix de son futur partenaire, qu'il doive la lui communiquer. La loyauté, la bonne foi assignent tout naturellement à ce constat. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il existe un lien de confiance entre ces partenaires. Or, nous savons que la relation bancaire est très marquée par ce lien. Cet état ne peut que renforcer l'obligation de bonne foi, de loyauté et de coopération, et donc indirectement l'obligation de renseigner son cocontractant. Il a même été admis pour cette obligation de bonne foi qu'elle pouvait, à elle seule, et indépendamment de l'existence d'une obligation de renseignements, engager une responsabilité. Ainsi en avait décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 14 novembre 1995 par lequel elle nous dit que, « Dès lors que la banque savait que la situation de son débiteur était lourdement obérée au moment où le cautionnement a été consenti et qu'elle a omis de le révéler à la caution, par réticence dolosive, la banque engage sa responsabilité pour avoir ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi » ¹⁷¹⁷ . Quoi qu'il en soit, et comme le révèle fort explicitement cette décision, il y a toujours derrière la sanction, et son fondement, l'idée d'un sachant et d'un ignorant, en somme l'idée d'une inégalité

¹⁷¹⁴ Patrick MISTRETTA, précité, page 4, « Il est aujourd'hui généralement admis que l'obligation d'information est due au titre du devoir de loyauté, d'honnêteté ou de bonne foi, qui impose à celui qui dispose de l'information de collaborer et de coopérer en la transmettant à celui qui l'ignore ». Voir aussi, Claude LUCAS de LEYSSAC, précité, n° 32 ; Françoise DOMONT-NAERT, « Consommateurs défavorisés : crédit et endettement », précité, page 324.

¹⁷¹⁵ Voir sur ces notions *supra* n° 212 et suivants ; voir aussi, François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, précité, n° 413 à 416.

¹⁷¹⁶ Sous réserve de ce qui sera dit plus loin s'agissant du demandeur de crédit professionnel.

d'information qui fonde l'obligation de parler.

2° L'inégalité d'information entre les parties.

853. L'inégalité : une condition préalable. C'est là un second fondement qui doit forcément préexister à l'obligation de renseignement. En effet, il va de soi que cette obligation ne peut exister que si l'une des parties est sous informée soit parce qu'elle est dans l'impossibilité technique de le faire, soit parce qu'elle est dans l'incapacité intellectuelle de se renseigner elle-même. De là, et comme a pu dire Monsieur Lucas de Leyssac, « L'obligation de renseignement naît d'un fait : l'inégalité d'information... »¹⁷¹⁸. Concrètement, cela signifie, dans le cadre de notre discours, qu'il doit exister une inégalité d'information entre, d'une part, l'établissement de crédit et, d'autre part, le demandeur de crédit ou sa caution. Or, cette inégalité existe-t-elle réellement ?

854. Appréciation de l'inégalité. L'on aura toujours tendance à considérer, pour le particulier, qu'il se trouve dans une sorte d'état de faiblesse économique et intellectuelle qui fera présumer cette sous-information. En effet, le crédit, nous dit-on, est une chose dangereuse dont le consommateur n'a pas toujours conscience. Le crédit suppose effectivement une décision qui, par essence, est risquée et incertaine. La spécificité du crédit et que l'obligation de remboursement s'étale sur une période plus ou moins longue. Ainsi, à la conclusion celui qui contracte n'est pas forcément en mesure d'apprécier tous les risques que l'opération peut engendrer envers lui. Il n'est pas toujours, et cela se vérifie particulièrement dans le domaine du crédit à la consommation, en mesure d'apprécier sa réelle capacité à emprunter. Finalement, il ne connaît pas son véritable risque, la multiplication des dossiers de surendettement n'a de cesse de le prouver. Sur ce point l'on a tendance parfois à dire que celui qui s'engage connaît mieux son risque que le banquier lui-même. Ainsi, nous dit le Professeur François Grua, à propos de l'obligation de renseignements concernant les capacités de remboursement du demandeur de crédit, le but de cette obligation, « est d'imposer aux professionnels de faire part d'éléments qui ressortissent de leur spécialité et dont un profane peut légitimement ne pas avoir une vue claire. Or, nous dit-il, ni les capacités de remboursement ni les facteurs économiques qui conditionnent la rentabilité d'une opération ne font partie de ces éléments-là. Il s'agit de perspectives, de calculs et d'espoirs que le client est mieux placé que son banquier pour apprécier »¹⁷¹⁹. Pour notre

¹⁷¹⁷ Cassation civile, 14 novembre 1995, Bulletin Joly, 1996, page 121, note Philippe DELEBECQUE ; Voir aussi cassation civile, 10 mai 1989, JCP (E), 1989, I, n° 15771, note Dominique LEGEAS. Voir également, pour toute suppression de référence au dol, cassation civile, 16 mars 1995, JCP (G), 1996, II, n° 22736, note François-Xavier LUCAS ; et plus généralement sur l'état de la question Dominique LEGEAS, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », Les Petites Affiches, mars 1997, n° 28, page 4 et suivantes, notamment page 5, 3e colonne.

¹⁷¹⁸ Claude LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignement dans les contrats », in « L'information en droit privé », sous la direction d'Yvon LOUSSOUARN et Paul LAGARDE, LGDJ, 1978, page 321, n° 30 ; François GRUA, « Responsabilité civile du banquier », fascicule 151, Juris-Classeur Banque et Crédit, n° 10, page 3 ; C. DUBRUEIL et P. DESLAURIERS, rapport canadien aux journées portugaises, « Les garanties de financement », tome XLVII, travaux de l'Association Henri Capitant, 1996, page 606.

¹⁷¹⁹ François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », éditions Litec, 2001, n° 241, page 238.

part, nous avons quelques scrupules à écarter d'emblée les facteurs économiques, mais surtout les capacités de remboursement des éléments de l'obligation de renseignement, et également à considérer que le client est mieux informé que le banquier pour les apprécier. C'est probablement vrai lorsque le banquier a affaire à un professionnel averti dont on peut légitimement penser qu'il connaît mieux son entreprise que l'établissement de crédit ¹⁷²⁰. En revanche, la remarque paraît relativement inadaptée au simple particulier qui attend, en demandant un crédit, que le banquier l'informe sur sa capacité à rembourser. N'est-ce pas d'ailleurs du métier de banquier que d'apprécier cette capacité ? Nous avons suffisamment souligné le fait que la décision de crédit relève de l'entière liberté des établissements de crédit pour admettre le principe inverse. Dès lors, nous serions plutôt tentés de dire que le demandeur de crédit (ou sa caution) se présente avec une certaine idée de son risque, sans doute plutôt optimiste, mais que le banquier doit confirmer ou infirmer suivant sa propre analyse. Or, reconnaissons que sur le plan de l'analyse du risque, le banquier, dont rappelons-le c'est le métier, est mieux outillé que le demandeur de crédit. Il aura donc certainement une idée plus juste du degré de dignité de la personne. Il naîtra donc forcément de cette situation un déficit d'information au détriment du demandeur de crédit justifiant que soit mis à la charge du sachant une obligation d'information. Cependant, cette inégalité ne peut, à elle seule, fonder le devoir d'information. Encore faut-il que certaines autres conditions soient réunies.

B Conditions nécessaires à l'existence de l'obligation d'information.

855. Plan. L'obligation d'information, pour être mise à la charge de l'établissement de crédit, suppose, d'une part, qu'il détient une information dite, « pertinente » (1°), et d'autre part, que le créancier de cette obligation ignore lui-même cette information, et que cette ignorance soit légitime (2°).

1° La détention d'une information pertinente.

856. Définition. L'information pertinente est celle qui, si elle avait été connue du demandeur de crédit ou de sa caution, « est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en réexaminant les conditions » ¹⁷²¹. En cela, cette définition se rapproche très sensiblement de celle du dol par réticence selon laquelle, « Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter » ¹⁷²². Cependant, l'on ne s'étonnera pas de cette (quasi) similitude de définition, le dol par réticence permettant la sanction de l'obligation générale d'information. En effet, le dol par réticence suppose l'existence d'un devoir de parler. Il apparaît donc naturel pour sanctionner le défaut d'accomplissement de cette

¹⁷²⁰ Quoique, là encore, on peut fort bien imaginer que pour les petits entrepreneurs, moins rompus aux affaires que les sociétés qui ont les moyens de s'offrir des analystes financiers, la participation du banquier dans la définition de leur niveau de risque soit importante. L'inégalité d'information apparaîtra alors de manière patente.

¹⁷²¹ Voir sur ce point, François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, précité, n° 252, page 206 ; Sophie GDJIDARA, précité, n° 395, page 329 ; Daniel GUTMAN, « Le sentiment d'identité... », n° 350, page 292.

obligation de se référer aux textes relatifs au dol¹⁷²³. Cela étant dit, il nous reste à savoir si précisément une note score, voire une cotation Banque de France, peut constituer ce fait « pertinent » qui, s'il avait été connu du demandeur de crédit ou de sa caution, l'aurait persuadé de ne pas contracter ou à le faire mais à des conditions différentes.

857. Information pertinente, score et crédit à long terme. Il est assez classiquement soutenu que cette obligation d'information (ou l'objet du silence gardé sur un fait) porte en général sur la situation financière du demandeur de crédit¹⁷²⁴. Il est vrai cependant que comme l'a souligné le Professeur Patrick CHAUVEL, « Sans doute... il n'y a en soi qu'un rapport assez incertain entre la solvabilité présente du débiteur - au jour de l'engagement - et sa solvabilité future, lors de l'échéance de la dette »¹⁷²⁵. Cette remarque est particulièrement bien adaptée aux crédits à long terme, pour lesquels nous avons pu voir que l'évaluation s'avérait fort délicate. Ce n'est donc que si la situation du débiteur s'avère, « lourdement obérée », « compromise » ou « désespérée », au moment de la conclusion du contrat, qu'il pourra être reproché à l'établissement de crédit son silence. Bien évidemment, si une note score est établie à l'octroi elle stigmatise forcément cet état, zone rouge du score ou note très basse, cote de crédit et/ou de paiement de la Banque de France détériorée¹⁷²⁶. L'on peut donc dire dans ces cas que la note ou la cote de crédit constitue un fait pertinent susceptible d'éclairer le candidat à l'endettement et sa caution quant à l'opportunité de contracter. Car, on peut penser qu'il y aura effectivement peu de chances que la note, la situation, s'améliore, même à long terme.

858. Information pertinente, score et crédit à court terme. En revanche, la remarque qui vient d'être soulevée du Professeur Patrick CHAUVEL devient moins adaptée lorsqu'on l'applique aux crédits à court terme pour lesquels nous avons observé que les techniques type score se révèlent être d'une efficacité probante. Pour ces crédits la connaissance de la note devient particulièrement intéressante pour le demandeur ou sa caution. Le degré de fiabilité de la note démontre la pertinence d'une information qui porterait sur cette note. Comme nous avons pu le souligner lors de nos propos précédents bien souvent d'ailleurs les établissements de crédit (surtout les sociétés financières qui n'ont pas l'usage du compte pour apprécier le risque de crédit) fondent leur décision d'octroi ou de refus du crédit sur ce seul élément¹⁷²⁷. Cela suffit à démontrer la pertinence du fait. Il nous semble donc légitime qu'un demandeur de crédit ou sa caution

¹⁷²² Cassation civile 3e, 15 janvier 1971, cité par Bruno PETIT, « Contrat et obligations. Dol », *Juris-Classeur Civil*, fascicule 5, n° 22. Voir aussi sur la question de la réticence dolosive, Patrick CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », *in* mélanges en l'honneur du Doyen Jean STOUFFLET, LGDJ, 2001, n° 11, page 36 ; Claude LUCAS de LEYSSAC, précité, n° 33.

¹⁷²³ Bruno PETIT, précité, n° 24 et 25.

¹⁷²⁴ Patrick CHAUVEL, précité, n° 11.

¹⁷²⁵ *Ibidem*.

¹⁷²⁶ *Supra* n° 64 et n° 65.

¹⁷²⁷ Sous réserve de consultation du FICP.

puisse prétendre à une information sur cet élément. La Cour d'appel de Rennes ¹⁷²⁸ n'a-t-elle pas retenu la réticence dolosive d'une banque qui avait dissimulé à une caution hypothécaire l'existence et les causes de son refus initial concernant l'octroi d'un prêt, et qui avait par la suite omis d'éclairer la caution sur les risques auxquels elle s'exposait ? La solution paraît alors parfaitement transposable à notre cas d'espèce. Si la cause ou l'une des causes principales du refus se situe dans la note score ou la cotation Banque de France, l'établissement de crédit normalement diligent devrait, sous le fondement du devoir d'information, en faire part à la caution ¹⁷²⁹. Cependant, on l'aura compris, l'analyse ne vaut, quelle que soit la durée du crédit, que pour les cas où la note score est significative. C'est-à-dire pour les cas où la note score ne se rapproche pas trop de la zone d'incertitude et pour laquelle la décision est impossible ¹⁷³⁰. En dehors de ces hypothèses, il ne peut y avoir d'éléments d'information pertinents susceptibles de générer le devoir d'information. De même que ce dernier ne peut exister que si le demandeur de crédit ou sa caution était fondé à ignorer le fait recélé. C'est là la seconde condition d'existence de l'obligation d'information.

2°L'ignorance légitime du fait recélé.

859. L'inexistence d'un devoir de se renseigner soi-même. Il est évident qu'aucune obligation d'information ne peut être mise à la charge de l'établissement de crédit si son contractant été en mesure de s'informer lui-même du niveau de son risque. Concrètement, cela signifie tout simplement qu'aucun demandeur de crédit ni aucune caution ne sera fondé à réclamer une information à l'établissement de crédit s'il peut lui-même s'informer sur son niveau de risque ou sur le niveau de risque du futur débiteur. A l'inverse, l'ignorance sera dite légitime, et fondera l'obligation de renseignements de l'établissement de crédit. Précisément, cette ignorance légitime existera chaque fois que le devoir de se renseigner soi-même ¹⁷³¹ disparaît en raison de circonstances particulières ¹⁷³².

860. Cas d'ignorance légitime : l'impossibilité de découvrir le fait pertinent. La première circonstance généralement invoquée est l'impossibilité dans laquelle était l'intéressé de découvrir par lui-même le fait recélé alors que son partenaire y avait accès. Il ne s'agit pas d'une impossibilité absolue mais seulement d'une difficulté sérieuse ¹⁷³³. Concrètement, cela signifie que le demandeur de crédit, ou sa caution, soit lui-même dans

¹⁷²⁸ Cour d'appel de Rennes, 1ère Chambre B, 11 avril 1997, Juris-Data n° 043546.

¹⁷²⁹ Bien évidemment, ce qui vaut pour la caution vaut également pour le demandeur de crédit.

¹⁷³⁰ Voir sur ce point, *supra* n° 394.

¹⁷³¹ Qui demeure, semble-t-il, toujours en droit positif, le principe incarné par l'adage *emptor debet esse curiosus*. Voir sur ce point, François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, précité, page 206 *in limine*.

¹⁷³² *Ibidem*, n° 251, page 206.

¹⁷³³ *Ibidem*.

l'impossibilité de connaître ou d'apprécier son niveau de risque. C'est bien ainsi qu'il faut comprendre dans notre hypothèse la formule « impossibilité de découvrir lui-même le fait recélé ». Car, il serait trop sévère à l'égard de l'établissement de crédit d'appliquer la formule au score lui-même. En effet, cette note est construite à l'interne, et nous avons vu que les établissements de crédit protègent jalousement ces techniques d'évaluation. Il est alors certains que dans la plupart des cas le demandeur ou la caution sera dans l'impossibilité de la connaître ¹⁷³⁴. Il faudra donc comprendre dans notre cas d'espèce, une difficulté sérieuse à connaître le niveau de risque révélé par la note. Il est alors clair qu'une distinction devra être opérée pour apprécier la difficulté sérieuse entre simples consommateurs profanes et professionnels. Cette dernière catégorie de personnes, comme nous avons pu le dire, sera effectivement mieux à même de connaître et d'apprécier le niveau de risque, puisque rompue aux affaires, que le particulier demandeur de crédit ou sa caution qui n'a souvent pas les moyens de connaître avec précision son niveau de risque. Pour les premiers l'ignorance sera donc dite illégitime, tandis que pour les seconds elle sera souvent présumée légitime ¹⁷³⁵. Cette présomption s'accroîtra d'ailleurs lorsque justement la qualité des parties en présence et/ou la nature du contrat laissent penser que le partenaire le mieux placé informerait l'autre spontanément.

861. Ignorance légitime et nature du contrat de crédit. C'est là une seconde circonstance particulière qui peut fonder la légitimité de l'ignorance du fait recélé, pour nous du risque de crédit encouru et révélé par la note ou la cotation Banque de France. La nature du contrat peut effectivement légitimer l'ignorance. Tel sera le cas des contrats où la confiance se révèle être d'une importance capitale ¹⁷³⁶. Or, nous savons déjà, sans avoir à nous étendre sur le sujet, que la confiance forme la substructure du contrat de crédit, elle lui est, peut-on dire, consubstantielle. Le demandeur de crédit ou la caution (simple particulier ou même professionnel) n'est-il donc pas fondé à attendre de l'établissement de crédit qu'il l'éclaire sur son niveau de risque à commencer par la communication de la note score ? Nul ne contestera le principe. Le demandeur de crédit, par exemple, est effectivement en droit, de par la nature du lien qui l'unit à l'établissement de crédit, d'adopter une position attentiste. Il est ainsi fondé à croire que son partenaire l'informerait spontanément des faits pertinents concernant l'opération, et qu'il ne connaît pas ou ne peut découvrir par lui-même. Finalement, et à reprendre Monsieur Lucas de Leyssac, « L'existence d'un rapport de confiance transfère vers le cocontractant informé la charge qui normalement incomberait à l'autre, de s'interroger sur l'opportunité du contrat » ¹⁷³⁷. Ce transfert semble également devoir s'opérer lorsque non plus la nature du contrat mais les qualités respectives des parties l'assigne ¹⁷³⁸.

¹⁷³⁴ Sauf hypothèse, encore trop rare, où le demandeur de crédit demandera le bénéfice de la loi de 1978, article 3 notamment.

¹⁷³⁵ Voir sur la question de l'illégitimité et la légitimité de l'ignorance, Patrick CHAUVEL, précité, notamment n° 15 à 29.

¹⁷³⁶ Voir François TERRE, Philippe SIMLER, et Yves LEQUETTE, précité, page 206 et n° 430 ; Claude LUCAS de LEYSSAC, précité, n° 37 et n° 49 ; Sophie GDJIDARA, précité, n° 395 ; François GRUA, précité, n° 10.

¹⁷³⁷ Précité, n° 49.

862. Ignorance légitime et qualité des parties. Cette idée trouvera une illustration parfaite dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Il est effectivement évident que dans leur domaine de compétences les professionnels détiennent un savoir qu'ils doivent communiquer à leur partenaire¹⁷³⁹. Ceci est particulièrement vrai pour le professionnel du crédit qui entend contracter avec le particulier demandeur de crédit ou/et sa caution. Celui-ci, dont le métier est d'évaluer, d'apprécier la dignité de crédit, et qui a les moyens matériels et humains de le faire, doit, nous semble-t-il, informer le plus faible, le moins compétent de son niveau de risque réel ou plus généralement du risque qu'il court en empruntant ou en se portant caution¹⁷⁴⁰. Cependant, et tout spécialement dans cette dernière hypothèse, et quand bien même les conditions fussent-elles réunies, n'existe-t-il pas des obstacles majeurs qui pourraient anéantir, in fine, l'obligation d'information de l'établissement de crédit ? Nous pensons ici notamment au statut particulier du banquier qui l'oblige à la plus grande discrétion s'agissant des informations recueillies ou construites, à l'image des scores, à l'occasion de l'instruction de la demande de crédit. Au surplus, l'on peut également se demander ce qu'engendrerait au plan logistique un tel devoir d'information. Car, nous avons effectivement pu voir que la simple communication de la note peut ne pas suffire à la compréhension de celui qui la reçoit à l'état brut. C'est donc sur toutes ces questions qu'il faut maintenant réfléchir afin de savoir s'il peut réellement être mis à la charge du banquier un devoir d'information qui prendrait la forme d'une communication de la note score.

SECTION 2 Les obstacles à l'extériorisation.

863. Obstacles pratiques. Il est vrai, comme nous venons de l'écrire, que l'on peut légitimement s'interroger quant à la capacité d'un résultat score à éclairer pertinemment le consentement d'une personne. Si bien qu'en pratique il y a fort à penser que les établissements de crédit ne puissent se satisfaire totalement de transmettre l'information à l'état brut. En effet, si pour certaines autres formes de notation, cotation Banque de France, notation financière, la simple communication suffit à fournir à l'individu une idée précise de son risque ou du risque du tiers, il ne semble pas qu'il puisse en être de même pour les notes scores ou experts. La raison en est simple, tandis que les premières formes d'évaluation jouissent d'une certaine publicité dans le monde des affaires, les secondes demeurent, elles, secrètes et propres à chaque établissement de crédit. Cette dernière caractéristique fait qu'il existe une diversité des méthodes d'établissement de ces notes qui les rend finalement impropres à une large diffusion. Il manque en quelque sorte ici l'universalité des critères d'établissement qui ferait que la note soit identique quel que soit l'établissement de crédit concepteur. C'est pourquoi, en pratique, l'établissement de

¹⁷³⁸ Nous ferons remarquer que les deux fondements peuvent coexister. Le domaine du crédit forme sur ce plan un exemple parfait. La qualité de professionnel du crédit venant s'ajouter à la nature du contrat de crédit pour fonder l'obligation d'information.

¹⁷³⁹ François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, précité, page 207 *in limine*.

¹⁷⁴⁰ Il est toutefois à observer que ce cas d'ignorance légitime s'apprécie *in concreto*, c'est-à-dire en fonction de la capacité de chaque emprunteur ou caution à s'informer lui-même ou elle-même. Voir sur ce point, *ibidem* ; Claude LUCAS de LEYSSAC, précité, n° 36 et n° 3 ; Patrick CHAUVEL, précité, n° 24 et suivants.

crédit qui aurait à communiquer cette note devrait systématiquement apporter un minimum d'explications à celui qui la reçoit. Or, ne serait-ce pas « de véritables cours d'économie et d'opérations financières qu'il faudrait mettre en oeuvre pour assurer une clarté et une bonne transparence de certaines opérations de clientèle » ? ¹⁷⁴¹ Il nous semble effectivement que ce risque de dérive vers l'obsession de clarté constitue un sérieux obstacle à la communication de la note score ou expert. D'ailleurs, à transposer ici l'idée d'un auteur ¹⁷⁴², le fait de donner une information sur la note score par exemple est une chose, mais cela en est une autre que d'indiquer comment on peut arriver à en déterminer les composantes. Au quotidien l'on peut aisément comprendre qu'une telle obligation paralyserait le système faute d'une logistique suffisante des établissements de crédit. Pour autant nous ne pensons pas que l'obstacle majeur se situe à ce niveau, le faible nombre des demandes en ce domaine pouvant diminuer ces effets négatifs, mais bien plus au niveau juridique.

864. Obstacles juridiques. S'agissant d'une note score ou d'une appréciation issue d'un système expert deux obstacles juridiques majeurs nous semblent faire barrage à leur communication. Le premier tient principalement au statut de l'établissement de crédit concepteur même de la note, et qui, de par la loi, est tenu au secret professionnel pour tous les faits dont il a connaissance à l'occasion de son activité (I). Le second tient, lui, davantage aux procédés informatiques d'élaboration de ces résultats, et qui de ce fait déclenche l'application des mécanismes prévus par la loi de 1978, dont le principe de sécurité et de confidentialité des données de tels traitements (II). C'est donc logiquement que nous étudierons successivement ces deux contraintes.

I Le secret professionnel bancaire.

865. Plan. Avant même d'envisager quelles situations peuvent être happées par le secret professionnel (B), il convient, au préalable, de se pencher sur la délicate, et non moins intéressante, question du champ d'application de cette réglementation (A). Concrètement, cela revient à se demander si la note score ou l'appréciation système expert peut faire partie de ces informations couvertes par le secret professionnel.

A Champ d'application du secret professionnel bancaire

866. Problématique. Le secret professionnel bancaire constitue-t-il un obstacle à l'extériorisation des notes score ? Poser cette question revient, ni plus ni moins, à se demander si le score fait partie de ces informations qui sont couvertes par le secret professionnel bancaire. C'est là une question qui ne manque certes pas d'intérêt, mais dont la réponse à apporter s'avère délicate et incertaine. L'observation est d'autant plus vraie si l'on s'en réfère au mode d'élaboration de la note. En effet, le fait que le score soit la résultante d'une multitude d'informations de base complique la recherche d'une solution à cet égard. La facilité nous conduirait alors à répondre à la question par référence à la qualification juridique des informations qui composent la note finale. Dans le cas où les

¹⁷⁴¹ Jean-Louis GUILLOT, « Transparence et banque », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1993, page 159.

¹⁷⁴² *Ibidem*, page 160, *in limine*.

informations de base seraient toutes couvertes par le secret, la note le serait également. A l'inverse, dans l'hypothèse où les informations de base ne seraient pas visées par le secret, le résultat ne le serait pas lui-même. Mais ce serait là, d'une part, nier la réalité que nous avons décrite et, d'autre part, adopter des raccourcis générateurs des pires erreurs. Nier la réalité car bien souvent la note finale n'est pas uniquement composée de l'une ou l'autre de ces catégories d'informations mais d'une combinaison de celles-ci. Or, dans ce schéma il serait bien difficile et aléatoire de déterminer au plan juridique la qualification à donner à l'information qui en sera issue. En effet, à partir de quel seuil d'utilisation d'informations confidentielles, par exemple, devra-t-on considérer l'information qui en sera le résultat comme elle-même confidentielle ? Mais aussi, et surtout, ce serait adopter un raisonnement intrinsèquement vicié. Car, de même que jamais la somme des intérêts individuels n'a constitué l'intérêt général¹⁷⁴³, jamais, selon nous, l'addition d'informations de même nature ne donnera la nature juridique de l'information qui en est le résultat. Le résultat, le « Tout », et autre chose que le « Tous », c'est autre chose que les éléments qui servent à le former et sans lesquels il n'existerait pas. Que les informations de base aient telle ou telle qualification juridique n'implique donc pas automatiquement, et ne justifie pas non plus, que le résultat prenne la même qualification. Dès lors, de notre opinion, et dans la problématique que nous avons posée, l'information-résultat doit être, et sera, regardée, en elle-même, c'est-à-dire en tant qu'information à part entière, autonome et indépendante des éléments qui la composent.

867. Plan. A reprendre l'idée d'un auteur¹⁷⁴⁴, si l'article L. 511 - 33 du Code monétaire et financier pose le principe du secret bancaire, il n'en définit en revanche pas la portée quant aux faits couverts par le secret. La seule certitude aujourd'hui est que le secret bancaire ne s'applique qu'aux informations qui sont confidentielles. C'est là énoncer une tautologie qui ne renseigne pas beaucoup sur le périmètre du secret professionnel. La question centrale à laquelle il faut répondre est donc de savoir ce qu'est une information confidentielle (1°). Seule la réponse à cette interrogation nous dira si les scores peuvent être couverts par la législation relative au secret bancaire (2°).

1° Détermination de l'information confidentielle.

a./ Théorie générale du secret professionnel.

868. Conception historique : la législation sur le secret s'applique à l'information confiée à un professionnel. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, article 378, il était admis par une partie de la doctrine (et de la jurisprudence) que le secret devait trouver à s'appliquer pour tout fait confié par le client à l'une des personnes astreintes au secret. Dans cette conception la protection était assurée lorsque l'information, quelle

¹⁷⁴³ Jean-Jacques Rousseau, « Du contrat social », Flammarion, Paris, 1992, livre II, chapitre III, page 54, « Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différentes la volonté générale. S'il en était ainsi, ajoute-t-il, tout irait de lui-même, et la politique cesserait d'être un art ». Voir aussi pages 42, 56 et 57.

¹⁷⁴⁴ Jean STOUFFLET, JCP (E), n° 11, mars 2003, pages 463 - 464.

qu'elle soit, circulait de la personne protégée vers le professionnel¹⁷⁴⁵. Il est vrai que la solution était suggérée par la formulation employée par l'article 378 du Code pénal de 1810. Ce dernier disposait ainsi que, « Les médecins... et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie... qui auront révélé ces secrets, seront punis... ». Le terme « confie » incitait évidemment à ne protéger que les informations qui provenaient du client. L'on retrouve d'ailleurs encore quelques traces de cette conception¹⁷⁴⁶ dans le propos de certains auteurs pour qui, « Par principe, un professionnel se trouve tenu de garder secret ce qui lui a été confié au titre ou à l'occasion de l'exercice de sa profession »¹⁷⁴⁷. Certains arrêts de la Cour de cassation, notamment, font eux-mêmes état de cette nécessité¹⁷⁴⁸. Cependant, il ne s'agit là que d'une jurisprudence casuelle qui ne peut emporter l'adhésion. L'on pourrait rajouter que les termes de l'actuel article L. 226 - 13 du Code pénal interdisant, « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire », laissent également à penser que le secret s'applique qu'en cas de dépôt de l'information. Le terme « dépôt »¹⁷⁴⁹ incite là encore à protéger par le secret les seules informations confiées, c'est-à-dire celles reçues du client. Cependant, ces réserves d'ordre doctrinal, jurisprudentiel ou terminologique demeurent timides.

869. Conception actuelle : le secret professionnel s'applique à l'information à caractère confidentiel. Il est en effet unanimement admis aujourd'hui que l'on ne peut limiter la protection relative au secret aux seules informations confiées. Le critère déterminant est qu'on ait affaire à une « information à caractère secret » comme le dit le texte. Un auteur a pu à ce titre justement exprimer l'opinion selon laquelle, « Le changement le plus important concerne la définition du secret : il n'est plus une information fournie au professionnel par la personne qui la lui confie, il est celle qui a un caractère secret »¹⁷⁵⁰. Cette conception n'est évidemment pas nouvelle et date d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 19 décembre 1885¹⁷⁵¹, et à partir duquel l'on a considéré que le secret « ne sera plus seulement la confiance d'un client à un professionnel mais renverra aussi à toute l'activité professionnelle de ce

¹⁷⁴⁵ Voir en ce sens, Dominique THOUVENIN, « Révélation d'une information à caractère secret : conditions d'existence de l'infraction », *Juris-Classeur pénal*, fascicule 10, n° 3, n° 60 et 61.

¹⁷⁴⁶ Adoucie il est vrai par le fait que l'auteur n'emploie pas le terme « que ».

¹⁷⁴⁷ Bernard BOULOC, « Les limites au secret bancaire », *Mélanges AEDBF-France*, 1997, page 71.

¹⁷⁴⁸ Arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1990, *legifrance*, pourvoi n° 88 - 19618 ; arrêt de la Cour de cassation du 24 juillet 1991, *legifrance*, pourvoi n° 90 - 84284.

¹⁷⁴⁹ En effet, selon l'article 1915 du Code civil, « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui... ». Selon le dictionnaire Le Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, société du niveau Littré, 1996, Tome 2, page 132, le dépôt est l'action de confier à la garde de quelqu'un. Le dépositaire est celui à qui l'on confie un dépôt.

¹⁷⁵⁰ Dominique THOUVENIN, précité, n° 25.

¹⁷⁵¹ Cassation criminelle, 19 décembre 1885, *Dalloz*, 1886, 1, page 347.

dernier. Ce qu'il aura appris, compris, connu ou deviné à l'occasion de son exercice professionnel sera considéré comme un fait secret »¹⁷⁵². Cette dernière phrase est d'ailleurs directement inspirée d'un amendement¹⁷⁵³ que le Sénat avait adopté à l'occasion de la réforme du Code pénal et qui prônait la protection « du secret confié, vu, entendu ou compris »¹⁷⁵⁴. Dans cette définition l'information confiée n'était qu'un élément du secret mais ne pouvait se confondre avec lui. Les informations reçues des tiers pouvaient tout autant être couvertes par le secret professionnel. De même que les informations que le professionnel aurait comprises par sa science, ses connaissances... Il est vrai que dans le texte final la formule n'a pas été consacrée, pas plus que celle du projet initial qui avait retenu les termes « informations à caractère confidentiel »¹⁷⁵⁵. L'Assemblée ayant préféré au terme « confidentiel » le terme « secret » au motif que l'on avait là une notion plus neutre et plus large qui autoriserait d'appréhender tous les faits que les juridictions englobaient auparavant dans le périmètre de l'incrimination¹⁷⁵⁶. Cependant la distinction entre les termes confidentiel et secret est bien ténue. A vrai dire les termes sont totalement interchangeables. Seront ainsi couvertes par le secret les informations à caractère confidentiel ou secret¹⁷⁵⁷.

b./ Les critères d'identification de l'information confidentielle.

870. Position du problème. La difficulté est donc de définir ce qu'est une information confidentielle ou une information secrète. Nous l'avons dit, la formule ne peut être réduite à l'information confiée. En effet, il ne suffit pas que l'information ait été confiée au professionnel tenu au secret pour qu'elle reçoive *ipso facto* la qualification d'information secrète ou confidentielle¹⁷⁵⁸. Aussi pensons nous, pour prendre le contre-pied de la formule employée par le professeur Bernard Bouloc¹⁷⁵⁹, que l'information confiée par le client n'est pas, automatiquement et par principe, couverte par le secret professionnel.

¹⁷⁵² Dominique THOUVENIN, précité, n° 61.

¹⁷⁵³ Amendement n° 126, JO Sénat, 15 mai 1991, page 957, 2e colonne *in fine* et pages 959 et 960. Amendement lui-même directement inspiré de la jurisprudence : cassation criminelle, 17 mai 1973, Dalloz, 1973, page 583, note Doll ; Cassation criminelle, 7 mars 1989, Bulletin criminel, n° 109 ; cassation criminelle, 22 novembre 1994, Droit pénal, 1995, page 64, note VERON.

¹⁷⁵⁴ Voir, pour un partisan de cette formulation, Jean STOUFFLET et Christian GAVALDA, « Droit bancaire : institutions, comptes, opérations, services », 5e édition, par Jean STOUFFLET, Litec, 2002, n° 174.

¹⁷⁵⁵ JO Sénat, 15 mai 1991, page 960, 1e colonne.

¹⁷⁵⁶ En ce sens, voir « Code pénal commenté : article par article, », par Gabriel ROUJOU de BOUBEE, Jacques FRANCILLON, Bernard Bouloc et Yves MAYAUD, Dalloz, 1996, pages 307 et 308.

¹⁷⁵⁷ Sur le caractère interchangeable des notions, voir VITU (A.) et MERLE (R.), « Traité de droit criminel : droit pénal spécial », tome 2, par André VITU, éditions Cujas, 1982, page 1618, « Il faut un fait secret, c'est-à-dire confidentiel par sa nature ».

¹⁷⁵⁸ « Le dépositaire... c'est quelqu'un qui reçoit quelque chose, en l'occurrence une information. En revanche, l'énoncé tel qu'il est rédigé induit l'idée qu'il ne suffit pas d'avoir affaire à une confiance, il faut qu'elle est un caractère secret », Bernard THOUVENIN, précité, n° 26 et n° 64.

L'action de transférer une information vers un professionnel tenu au secret n'est pas un critère pertinent. « Ce qui compte, ce n'est pas qu'elle ait été confiée, c'est que l'information était d'une telle nature que sa communication au professionnel rendait celui-ci redevable de l'obligation de la garder secrète »¹⁷⁶⁰. Restera alors à déterminer, dans l'avenir, les informations, les faits qui sont par nature confidentiels et pour lesquels le secret doit être respecté.

871. Détermination des informations confidentielles par nature. Cette évidemment la principale difficulté. Un auteur a pu dire que « la notion de secret par nature est délicate à définir car sa portée est variable suivant la profession envisagée »¹⁷⁶¹. C'est exact. Mais au-delà de cet élément, il semble qu'un critère pertinent puisse être trouvé, qu'elle que soit la profession envisagée, et donc y compris la profession bancaire, dans l'objectif qui a été assigné au secret professionnel.

872. L'information confidentielle est celle qui concerne la vie privée ou le secret des affaires¹⁷⁶². Lors des débats parlementaires¹⁷⁶³ visant à l'adoption de la loi bancaire, l'article 57, devenu aujourd'hui l'article L. 511 - 33 du Code monétaire et financier, avait pour objectif premier la protection de la vie privée et de la vie des affaires des personnes sur lesquelles le banquier détenait des informations. Nous pouvons donc considérer que toute information qui risquerait, si elle était révélée, de porter atteinte à cet objectif de protection de la vie privée ou du secret des affaires, fait partie du secret professionnel.

873. La protection des intérêts de la profession n'est qu'un résultat indirect. Il est exact que le secret professionnel ne protège pas que la vie privée ou le secret des affaires, mais d'autres intérêts d'ordre général et catégoriel. Ainsi, il est souvent avancé

¹⁷⁵⁹ *Supra* n° 868.

¹⁷⁶⁰ En ce sens, voir Marie – Anne FRISON - ROCHE, propos introductifs à la conférence des bâtonniers du 22 novembre 2000 sur, « Le secret professionnel », Les Petites Affiches, n° 122, juin 2001, page 9, 3e colonne. Voir aussi, Bruno PY, « Secret professionnel », Répertoire Pénal Dalloz, n° 52 ; Bernard THOUVENIN, précité, n° 67 *in fine*.

¹⁷⁶¹ Bruno PY, précité, n° 53.

¹⁷⁶² En ce sens, voir Bruno PY, précité, n° 53 et 55, pour qui, « La révélation ne tombe sous le coup de l'article 226 - 13 que pour autant qu'elle a pour objet des faits concernant la vie privée ». L'auteur en veut d'ailleurs pour meilleure preuve que l'incrimination est placée dans le Code pénal parmi les délits portant atteinte à la dignité des personnes. S'agissant des personnes morales qui n'ont pas de vie privée à proprement parler, c'est la protection de leur secret des affaires qui constitue le fondement du secret professionnel. Pour une opinion quelque peu divergente, voir Gabriel ROUJOU de BOUBEE, Jacques FRANCILLON, Bernard Bouloc et Yves MAYAUD, précité, page 304. Voir aussi sur l'objectif de protection de la vie privée, Bernard THOUVENIN, précité, n° 3 *in fine*, n° 6, n° 7 et suivants. Voir plus spécifiquement pour l'activité bancaire, Jean-Marc DELLECI, « La déclaration des avoirs déposés chez une succursale étrangère », Revue de Droit Bancaire et Financier, n° 3, 2003, page 180, 2nd colonne ; Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Le projet de loi bancaire réformant les législations de 1941 et 1945 », Les Petites Affiches, n° 129, 1983, n° 85 ; Marie - Anne FRISON - ROCHE, précité, page 10, 3e colonne et page 11 et suivantes.

¹⁷⁶³ Jacques Delors, Projet de loi relatif à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, document Sénat, n° 486, exposé des motifs, page 12.

que le secret protège également l'intérêt de la profession tout entière. En effet, si la personne qui s'adresse à un professionnel sait que les informations que ce dernier détiendra sur elle, confiées ou devinées à l'occasion de l'exercice de la profession, resteront confidentielles, alors cette personne sera davantage encline à lui confier ses secrets et, plus généralement, à s'adresser tout simplement à elle. Alors que la perspective d'une divulgation par le professionnel des informations qu'il détiendrait entamerait sérieusement la confiance à accorder à ce professionnel et, par voie de prolongement, à la profession à laquelle il appartient. Dès lors, le bon fonctionnement de la profession serait remis en cause puisqu'à défaut des confidences nécessaires, les professionnels de l'activité visée ne pourraient accomplir, dans des conditions satisfaisantes, leur métier. La remarque est particulièrement juste lorsqu'on l'applique à l'activité bancaire. Quel individu irait s'adresser à une banque s'il était certain que les informations le concernant pourraient être livrées au public ? ¹⁷⁶⁴ En cette hypothèse il y aurait un cas d'atteinte intolérable à la vie privée ou au secret des affaires qui se traduirait par une crise de confiance du public dans l'institution bancaire. C'est toute l'activité qui en souffrirait et, s'agissant du commerce de l'argent, l'économie du pays. L'observation n'est évidemment pas propre à l'activité bancaire. Un auteur ¹⁷⁶⁵ a pu brillamment souligner, « que le secret professionnel sert l'intérêt général. Celui de la confiance dans le système, dans une société où les secrets sont gardés, c'est-à-dire où les personnes sont protégées [...]. Dès lors, poursuit l'auteur,... les systèmes reposent sur la confiance que les personnes ont dans la sécurité du système... » ¹⁷⁶⁶. Cependant, il ne faut pas se tromper, s'agissant de l'activité bancaire, la protection de l'intérêt de la profession n'est pas l'objectif du secret bancaire. Si l'intérêt de la profession, et de l'économie, se trouve protégé ce n'est que par voie incidente, par phénomène de ricochet. En protégeant la vie privée ou le secret des affaires on protège en même temps l'intérêt général par la confiance que l'on instaure dans le système. Mais nous restons convaincus que le caractère secret ou confidentiel de l'information doit être déterminé par rapport à l'objectif de protection de la vie privée ou du secret des affaires. Nous devons alors admettre que le champ d'application du secret professionnel et, *a priori*, très large et peut viser toute information susceptible d'entrer dans la notion de vie privée ou de secret des affaires.

874. La protection de la vie privée ou du secret des affaires : seul critère pertinent d'identification de l'information confidentielle. Un auteur ¹⁷⁶⁷, sur la base de l'article 378 ancien du Code pénal, s'était ainsi interrogé sur le fait de savoir si le banquier était réellement le confident des clients. Ou si, au contraire, il n'était pas seulement celui qui connaît certains mouvements de fonds et s'il devait ou pouvait, dès lors que ces

¹⁷⁶⁴ Voir en ce sens l'intervention du député Gérard GOUZES, conférence des bâtonniers sur le secret professionnel, précité, page 15, 3e colonne et page. Voir aussi *infra* n° 1143.

¹⁷⁶⁵ *Ibidem*, page 11, 3e colonne.

¹⁷⁶⁶ *Ibidem*, page 16, 3e colonne. Voir aussi pour d'autres exemples sur les aspects de protection de l'intérêt général, Bernard THOUVENIN, précité, n° 9, n° 30 et 31.

¹⁷⁶⁷ Bernard BOULOC, précité, page 71.

opérations financières ne touche pas à la vie privée, garder le secret sur celles-ci. Il y a là bien l'idée que le critère déterminant n'est pas le fait d'avoir reçu une information, mais bien que la révélation de l'information puisse porter atteinte à la vie privée. Le secret peut donc aussi bien concerner des informations confiées, que des informations produites, constatées, devinées par le professionnel dès l'instant où celles-ci touchent à la vie privée ou au secret des affaires. Un auteur¹⁷⁶⁸ a d'ailleurs pu dire qu'en matière bancaire, l'information confidentielle est celle qui porte sur des données précises touchant à l'intimité des affaires, de la fortune ou de la vie privée. En matière bancaire l'information doit donc apparemment, pour être protégée, être précise et susceptible de porter atteinte à la vie privée... Ainsi, il est habituellement admis que les données chiffrées concernant la personne font partie du secret bancaire, de même que les données relatives à l'existence d'un compte, les montants enregistrés, leurs destinations (*ratione loci* et *ratione personae*), mais également les données relatives à l'entreprise, à sa stratégie d'affaires, à ses secrets de fabrique...¹⁷⁶⁹. En revanche, à lire les auteurs et la jurisprudence aucune indication nous est donnée quant à savoir si la note score, ou l'appréciation système expert, information créée par le banquier, peut intégrer la notion d'informations confidentielles.

2° Confrontation du domaine du secret bancaire aux informations-résultat.

875. Problématique. Nous avons déjà pu brièvement apprécier, lors de nos propos précédents¹⁷⁷⁰, la vocation d'informations telles que les résultats scores à entrer dans le périmètre du secret professionnel. Cependant, sans revenir sur ce qui a été soutenu, cette position de principe mérite une réponse plus argumentée face à une pratique bancaire qui tend à multiplier les cas de communication de renseignements dits commerciaux. Par cette dernière, l'objectif serait donc de faire entrer parmi les informations retraçant « l'opinion de place », les résultats scores et assimilés. Dans ce cadre, l'atteinte au secret professionnel serait ainsi couverte par l'usage bancaire (a./). Pourtant, nous verrons que certains éléments nous amèneront à considérer définitivement ce genre d'informations comme pouvant faire partie du secret bancaire (b./).

a./ Informations-résultats et opinion de place.

876. Diffusion d'informations et usage bancaire. Nous savons que le secret bancaire ne vise que les informations dites confidentielles, c'est-à-dire celles qui concernent des données précises et qui touchent à la vie privée ou au secret des affaires dont, notamment, toutes celles qui sont chiffrées (solde du compte, montant des crédits octroyés, mouvements du compte...). Mais, à côté de celles-ci existe d'autres informations que l'on dit « d'ordre général », et qui se tiennent hors du champ de la confidentialité. Ces dernières sont formulées en termes suffisamment généraux (petit crédit, échéances

¹⁷⁶⁸ Francis - Jean CREDOT, « Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », Les Petites Affiches, n° 21, 1993, page 8 et suivantes.

¹⁷⁶⁹ Pour une vision complète des informations traditionnellement visées par le secret, *ibidem*.

¹⁷⁷⁰ *Supra* n° 699.

difficiles...¹⁷⁷¹) et mesurés pour ne pas porter atteinte au secret bancaire. Or, en fournissant de tels renseignements le banquier ne fait que rapporter « l'opinion de la place ». De ce fait, il se placerait hors du champ des informations confidentielles¹⁷⁷². Finalement, à reprendre les propos d'un auteur¹⁷⁷³, le banquier ne ferait que se comporter comme une agence de renseignements commerciaux, en se bornant « à centraliser les différentes informations réparties en divers lieux, à rapprocher l'opinion de la place et enfin à en faire une synthèse générale donnant une vision du crédit et du sérieux de l'entreprise avec laquelle il est envisagé de contracter... ». Or, nous dit l'auteur¹⁷⁷⁴ si ces agences, « avaient effectivement pour mission de porter atteinte au secret des affaires des entreprises concernées par leurs recherches, la nullité des contrats les liant à leurs clients pour illicéité de leur objet ne ferait pas de doute ». L'usage semble donc être parfaitement couvert en droit. Quand bien même ne le serait-il pas que l'intérêt du crédit et de l'économie en général justifierait la pratique¹⁷⁷⁵. Reste alors à savoir si une note score ou à résultat expert peut entrer dans le champ de la notion « d'opinion de place ».

877. Informations-résultats et opinion de la place. Ces informations-résultats font bien partie de ces informations qui sont censées synthétiser la dignité de crédit de l'emprunteur, qui ont un caractère général et qui pourraient tout autant faire partie des informations formant l'opinion de la place au même titre que des expressions comme « gros crédit », « petits crédits »... Certes, ces expressions n'en disent pas moins sur la situation des individus, mais elles sont de pratique courante et validées depuis longtemps par la doctrine la plus autorisée ainsi que par la jurisprudence. Or, la communication d'une telle information contribuerait sans nul doute à former « l'opinion de la place ». Ne pourrait-on donc pas faire entrer cette forme d'évaluation parmi les informations d'ordre général qui pourraient à ce titre librement circuler ? Le caractère synthétique de ce type d'information commanderait qu'il en soit ainsi. Finalement, en communiquant cette forme de donnée on est loin de la communication des mouvements du compte bancaire ou de son solde, de la communication du montant des crédits accordés. Pour autant, de là à faire entrer, sans réserve, ces informations-résultats dans le champ de la pratique des renseignements bancaires, il y a un pas que nous ne saurions franchir.

¹⁷⁷¹ Voir sur toutes ces formules, *supra* n° 243 et n° 244.

¹⁷⁷² Voir en ce sens, Georges - J. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, avril - juin, 1988, n° 11 et suivants ; voir aussi Jean François CLEMENT, « Le banquier, vecteur d'informations », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, avril - juin, 1997, n° 15 et suivants.

¹⁷⁷³ Georges - J. VIRASSAMY, précité, n° 12, page 190.

¹⁷⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁷⁵ Toutefois, pour un regard sévère sur cet usage, voir François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », précité, n° 41, page 31. Selon cet auteur, « Sans doute une certaine mode pousse à investir les banquiers de toutes sortes de missions d'intérêt général, mais il est douteux qu'on puisse poser en principe que cet intérêt doit être servi avant celui du client. En vérité, l'intérêt général se présente ici comme une de ces justifications qu'on imagine après coup pour sauver une pratique qui s'est établie sans trop s'interroger sur elle-même ».

b./ Informations-résultats et secret bancaire .

878. L'aptitude des résultats scores à intégrer le champ du secret bancaire. On pourrait considérer que la note score, au même titre que le solde du compte, est une information précise¹⁷⁷⁶ et chiffrée¹⁷⁷⁷ qui a vocation à intégrer la conception traditionnelle du secret professionnel bancaire. Certains auteurs¹⁷⁷⁸ ont même pu avancer que l'« On doit pouvoir considérer que le score, qui reflète généralement une situation financière, doit être protégé par le secret au même titre que les éléments qui ont conduit à sa détermination ». Bien évidemment, comme nous l'avons souligné le fait que les informations qui ont servi à établir la note soient couvertes par le secret n'implique pas la réponse à fournir pour le résultat score qui en forment la synthèse. En revanche, le fait que la note score reflète la situation financière de la personne ou, du moins, sa capacité à rembourser un crédit d'un certain montant et d'une certaine durée, nous autorise à admettre que c'est là une information qui peut faire partie des informations que la personne souhaite conserver par-devers elle. En effet, aux yeux des tiers, et notamment dans le cas de l'entreprise, il est probable que celle-ci veuille conserver le secret sur un fait, une information, ici le score, qui, s'il était connu de ses partenaires (fournisseurs, client...) ou des concurrents, risquerait de lui porter préjudice¹⁷⁷⁹. Or, si l'information à caractère secret est celle qui risque de porter atteinte à la vie privée ou à la vie des affaires des personnes alors nous pouvons considérer que la note score est apte à intégrer la sphère des informations couvertes par le secret professionnel bancaire. Cette thèse est d'ailleurs confortée par le fait que la cotation Banque de France, forme de score, n'est transmise aux établissements de crédit que sous le sceau de la confidentialité¹⁷⁸⁰. Il est alors probable que les établissements de crédit qui divulgueraient une telle information encourraient les sanctions prévues en cas de violation du secret professionnel. A notre sens donc un certain nombre d'arguments nous amène à considérer que les notes score font partie des données qui peuvent entrer dans le champ des données couvertes par le secret bancaire, et que les établissements de crédit ne pourraient, sauf accord du client, communiquer à des tiers. Mais, il pourrait également nous être rétorqué que les résultats scores, ou les résultats expert, ne reflètent que l'opinion du banquier sur une personne.

879. Exclusion des scores de l'usage bancaire. Cependant, le caractère synthétique de cette forme d'évaluation n'exclut absolument pas l'idée de précision, critère d'appréciation de la confidentialité. Certes, les résultats scores ou systèmes

¹⁷⁷⁶ *Contra*, voir Christine LASSALAS et Didier VALETTE, « Le secret bancaire au sein des groupes non bancaires », Revue Lamy Droit des Affaires, supplément, n°53, octobre 2003, page 11, 2nd colonne.

¹⁷⁷⁷ Du moins en général, car le résultat score peut apparaître sous forme de couleur, vert dans le cas d'une situation saine, orange dans le cas d'une situation à surveiller, zone rouge dans le cas d'une situation de risque à exclure.

¹⁷⁷⁸ Christine LASSALAS et Didier VALETTE, précité, page 11.

¹⁷⁷⁹ Si les fournisseurs ne sont pas certains d'être payés, ils pourraient décider de rompre leur relation d'affaires. La concurrence pourrait, elle, adopter une politique commerciale plus agressive pour fragiliser encore plus l'entreprise en question...

¹⁷⁸⁰ Voir *supra* n° 68.

experts se distinguent des données traditionnellement intégrées dans le cadre du secret professionnel (données chiffrées, renseignements personnels concernant l'individu ou l'entreprise...). Mais, cela est uniquement dû à leur caractère quelque peu nouveau dans la pratique bancaire. Toutefois, il ne fait nul doute pour nous que ces informations peuvent parfaitement faire partie du domaine du secret bancaire. En effet, outre le fait qu'elles emportent avec elles un degré de précision apte à les faire entrer dans le champ du secret, au même titre que l'état du compte, elles visent également des informations personnelles qui doivent de ce fait être considérées comme confidentielles. N'en est-il pas ainsi s'agissant de la cotation Banque de France ? Or, il faut avouer que nous avons là deux informations de même type. Sur quel fondement devrions-nous donc les traiter différemment au plan du secret professionnel ? D'ailleurs la pratique ne l'envisage pas autrement¹⁷⁸¹. Il est donc fort à penser, et à espérer, comme souvent d'ailleurs, que les juridictions trouveront un jour à statuer sur ce thème, non pas sur le fait que les informations-résultats peuvent pénétrer le champ du secret bancaire, ce qui paraît acquis, mais si elles doivent en faire partie. Mais, cette simple éventualité doit nous inciter à mesurer quelles pourraient en être les conséquences par rapport à un discours qui se voulait transparent.

B Les conséquences de la qualification.

880. Démarche. Il est certain que le fait de faire entrer parmi les informations couvertes par le secret professionnel les informations-résultats de type score ou système expert emporte un certain nombre de répercussions, aussi bien à l'égard des tiers pour lesquels nous avons suggéré un minimum de transparence (2°), en cela confortée par le souci de protection de l'intérêt général et de l'intérêt du crédit, qu'à l'égard de ceux liés à l'établissement de crédit par un quelconque lien juridique et/ou financier (1°).

1° A l'égard des personnes liées juridiquement ou financièrement à l'établissement de crédit.

881. Situation visée. Un certain nombre de personnes peuvent être rangées sous cet intitulé. Nous pensons ainsi à la caution, aux filiales bancaires ou non bancaires des établissements de crédit, aux partenaires commerciaux ou financiers de l'établissement de crédit, et qui peuvent à un moment ou un autre être intéressés par la communication des informations-résultats liées à une opération de crédit. Bien évidemment, parmi ces personnes l'on aurait pu y ajouter le client lui-même. Mais envers ce dernier le secret professionnel est inopposable puisque précisément c'est, notamment¹⁷⁸², dans son intérêt qu'il a été institué. Ceci explique qu'il puisse délier le banquier de son obligation au secret¹⁷⁸³, celui-ci est alors dit relatif.

¹⁷⁸¹ Voir sur ce point, Philippe JAOUÏ et Mannaiq FISCHER, « Le marketing crédit », *Revue Banque*, 1961, n° 568, page 59.

¹⁷⁸² L'intérêt général étant souvent cité comme une seconde justification à l'existence du secret. Voir en ce sens, François GRUA, « Devoirs professionnels des établissements de crédits », *Juris-Classeur Banque et Crédit*, fascicule 140, 1994, n° 14.

¹⁷⁸³ *Ibidem*, n° 19.

a./ Envers la caution.

882. Un principe d'opposabilité. S'agissant de cette personne la difficulté est réelle. En effet, par principe ¹⁷⁸⁴, le banquier est en droit et même en devoir d'opposer le secret professionnel à la caution qui ne fait pas partie des confidents du secret ¹⁷⁸⁵. Sur cette base le banquier ne peut donc transmettre l'information relative au score de l'emprunteur à la caution. Le secret est ainsi à la fois une limite pour le banquier qui voudrait communiquer ce type d'information à la caution, mais aussi un garde-fou pour le banquier qui refuserait cette même communication. Dans ce dernier cas la loi offre au banquier le moyen de justifier son refus. Toutefois, dans le contexte actuel de la jurisprudence en matière d'obligation d'information, l'on est en droit de s'interroger sur la réalité de cette limite ou de cette protection suivant la position que l'on adoptera : secret ou transparence.

883. Limite au principe. En effet, nous avons pu voir, lors de nos développements précédents, qu'était mis à la charge du banquier une obligation de renseignement de plus en plus pesante au profit de ses cocontractants. La caution n'a pas été tenue à l'écart de cette évolution. Bien au contraire, pour elle cette dernière est apparue manifeste ¹⁷⁸⁶, obligeant le banquier à révéler à la caution la situation véritable du débiteur principal. Or, comme a pu l'écrire un auteur, « Cela implique nécessairement que le banquier puisse révéler certains aspects de la situation patrimoniale du débiteur cautionné et que ces révélations doivent être considérées comme exclues du secret des affaires » ¹⁷⁸⁷. Parmi ces aspects pourrait alors figurer la notation attribuée à l'emprunteur que nous avons pourtant qualifiée de confidentielle. Au final, le banquier devra se trouver des qualités de philanthrope pour ne pas tomber sous l'une ou l'autre des obligations contradictoires.

884. Une limite relative. Cependant, il nous semble qu'il ne faille pas trop exagérer la portée de cette évolution jurisprudentielle concernant précisément les informations-résultats que le banquier pourrait être amené à communiquer dans ce cadre. En effet, jusqu'à présent les décisions qui ont admis cette obligation de renseignement paraissent s'être restreintes aux situations lourdement obérées ¹⁷⁸⁸, irrémédiablement compromises ¹⁷⁸⁹ ou aux cas de défaillances inéluctables du débiteur ¹⁷⁹⁰. Hors ces cas,

¹⁷⁸⁴ *Ibidem*, n° 73 ; mémento Francis Lefèvre, « Relation entreprises - banques », n° 262.

¹⁷⁸⁵ Pour une vision plus nuancée, voir Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Le secret bancaire en France », in « Le secret bancaire dans la CEE et en suisse », PUF, 1973, page 92.

¹⁷⁸⁶ Voir par exemple, cassation civile, 21 janvier 1981, Bulletin civil, I, n° 21 ; Dalloz, 1983, Informations Rapides, page 503, note Michel VASSEUR, pour la liquidation des biens du débiteur qui était inéluctable lors de la souscription du cautionnement ; cassation commerciale, 8 novembre 1983, Bulletin civil, IV, n° 298, page 260 ; Revue Banque, 1984, page 732, note A. MARTIN, qui censure un arrêt qui avait débouté les cautions de l'action en nullité de leur engagement pour dol sans rechercher si la banque était informée de la situation réelle du débiteur, et si elle ne les avait pas amenées à donner leur consentement en s'abstenant de les en informer. Voir pour d'autres références dans ce sens, Patrick CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », précité, notes de bas de page, n° 16, et n° 18 à 20 ; Dominique LEGAIS, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », précité, notamment page 5 et suivantes.

¹⁷⁸⁷ Georges - J. VIRASSAMY, précité, n° 13.

qui devraient rester relativement rares, le banquier n'aurait pas à fournir de renseignements à la caution concernant la situation patrimoniale d'un emprunteur. Nous pouvons donc conclure, s'agissant de la caution, qu'outre le cas où la note révélerait une situation obérée (note extrêmement faible) le secret professionnel empêchera toute communication d'informations-résultats à cette dernière.

b./ Envers les filiales bancaires ou non bancaires.

885. Un principe d'opposabilité du secret. Aussi surprenant que cela puisse paraître, il semble admis qu'entre société mère et filiales le secret professionnel soit opposable¹⁷⁹¹. Cela est vrai lorsque l'interlocuteur est lui-même banquier, cas des filiales bancaires, cela le reste *a fortiori* lorsqu'il est une filiale non bancaire. Car, en effet, si l'on peut à la rigueur admettre que dans « l'enclos professionnel » l'information, même confidentielle, puisse circuler¹⁷⁹², il ne peut en être de même pour des activités différentes (c'est à dire non bancaires). Pourtant, l'hypothèse n'est pas de pure école. En effet, un exemple des risques de violation du secret professionnel se pose lorsque les établissements de crédit, outre leur activité traditionnelle, assurent également une activité d'assurance. Or, les nécessités pratiques de cette « activité nouvelle » impose la cession d'informations entre les différentes composantes de la structure, entre activité bancaire et activité d'assurance¹⁷⁹³. Ainsi, les informations détenues par la banque sur une personne sont très utiles pour l'assureur pour l'appréciation des avantages et des risques commerciaux d'une proposition. A l'inverse, nous dit la CNIL, « Les informations détenues par l'assureur sont d'un intérêt évident pour le banquier qui pourra mieux apprécier les risques inhérents à une opération de crédit et accompagner au besoin celle-ci, d'une opération d'assurance »¹⁷⁹⁴. Concrètement, il pourrait être très utile à un assureur d'avoir connaissance de la note score ou de l'appréciation système expert d'une personne avec laquelle il s'apprête à contracter. En effet, le résultat ainsi obtenu préjugant de sa dignité

¹⁷⁸⁸ Par exemple, cassation civile, 14 novembre 1995, Bulletin Joly 1996, page 121, note Philippe DELEBECQUE ; Revue Banque, 1996, page 90, note Jean-Louis GUILLOT. Voir aussi dans le même sens, cassation civile, 18 février 1997, Bulletin civil, I, n° 61 ; Dalloz, 1997, Informations Rapides, page 74 ; JCP (G), 1997, IV, page 806 ; Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 1997/6, n° 813.

¹⁷⁸⁹ Cassation civile 1re, 16 mai 1995, JCP (G), 1996, II, 22736, note François-Xavier LUCAS.

¹⁷⁹⁰ Cassation civile, 9 juillet 1996, Dalloz Affaires, 1996, page 1164. Sur ces différents points, voir Patrick CHAUVEL, précité, n° 14.

¹⁷⁹¹ Cour d'appel de Paris, 1er octobre 1981, Dalloz, 1982, Informations Rapides, page 124, note Michel VASSEUR ; voir *supra* n° 247. Bien évidemment, si le secret est opposable entre société mère et filiales, il doit en aller de même entre les filiales du même groupe qui n'entretiennent aucun rapport entre elles, si ce n'est l'appartenance au même groupe.

¹⁷⁹² En ce sens voir Cour de cassation, 18 octobre 2000, précité, *supra* n° 247.

¹⁷⁹³ Etienne MICHELLE, « Banques et établissements de crédit », Répertoire Commercial Dalloz, avril 1994, n° 132.

¹⁷⁹⁴ Onzième rapport d'activité de la CNIL, page 99 et suivantes.

de crédit, voire, en extrapolant, de sa moralité financière, l'assureur s'abstiendra de proposer à l'individu certains services et de contracter avec lui en cas de note négative ou, en l'hypothèse inverse, l'incitera à faire affaire avec ce dernier. Or, précisément quant à cette pratique d'échange des fichiers, la CNIL a interrogé le Comité de la réglementation bancaire afin de savoir quelle pourrait être l'incidence du secret professionnel bancaire en ce domaine. Ce dernier organisme a ainsi très clairement indiqué qu' « un établissement de crédit n'est pas habilité à transmettre à des tiers des données nominatives concernant sa clientèle, même lorsque ces tiers sont des sociétés qui lui sont liées par des liens de capital. »¹⁷⁹⁵. En l'absence d'une disposition légale expresse, en conclut la CNIL, le principe du secret bancaire s'oppose donc à ce que les banques communiquent aux assureurs les renseignements qu'elles détiennent sur leurs clients «¹⁷⁹⁶. Il est cependant vrai qu'en pratique dans cette forme d'activité, banquiers et assureurs sont regroupés sous la même tête et dans un même lieu, il sera difficile d'empêcher tout échange d'informations. Seul alors le consentement de la personne à la communication est apte à éviter l'atteinte au secret. C'est d'ailleurs ce même consentement qui autorise les établissements de crédit à procéder à ce qu'on appelle des opérations de titrisation.

c./ Envers les partenaires financiers.

886. Définition. De façon schématique sous le vocable de titrisation¹⁷⁹⁷, l'on regroupe toute opération de financement par laquelle une société qui reçoit un financement cède en contrepartie des actifs à une entité *ad hoc* qui lui a consenti le financement et qui, elle-même, émet directement ou indirectement des titres tributaires du risque inhérent aux actifs en question. La société cédante peut bien évidemment être un établissement de crédit qui entend se défaire d'une partie de ses créances nées de l'octroi de crédits¹⁷⁹⁸.

887. Cadre technique de la titrisation. Concrètement, et généralement, l'établissement de crédit cèdera ses actifs de crédits soit directement à une entité *ad hoc* qui émettra alors des titres à court terme représentatifs de ces actifs, soit indirectement par l'entremise d'un fonds commun de créances qui émettra des parts à moyen ou long terme qui seront ensuite souscrites et refinancées par l'entité *ad hoc* émettrice des titres à court terme. Il est vrai cependant que généralement, du moins pour les cessions de créances de crédits à la consommation, l'établissement de crédit cédant conservera la gestion du portefeuille ainsi titrisé, de sorte que la relation commerciale et la gestion du risque n'en seront pas affectées¹⁷⁹⁹. L'avantage de la titrisation réside pour l'essentiel

¹⁷⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁹⁷ Sur cette technique, voir Jérôme PEDRIZZETTI, « La titrisation de créances commerciales : la perspective du cédant », *Revue Droit des Sociétés*, mai 2001, page 4 et suivantes.

¹⁷⁹⁸ Voir sur ce point, Stéphanie FERRIEU et Sophie BERTHELON, « L'essor de la titrisation du crédit à la consommation », *Banque magazine*, n° 623, mars 2001, page 30 et suivantes. Ainsi, peut-on apprendre dans cet article que CETELEM a cédé en juin 2000 480 millions d'euros de prêts personnels, FINAREL 217 millions d'euros et COFIDIS 170 millions d'euros de crédits renouvelables en novembre 2000.

dans la possibilité de refinancement qui s'offre à l'établissement de crédit, mais aussi dans le fait que le financement apporté dans le cadre de cette opération repose principalement sur la qualité des actifs cédés, et non sur la qualité de crédit et de signature du cédant¹⁸⁰⁰.

888. Risque au regard du secret. En parallèle de l'opération de cession proprement dite, une notation de la qualité des titres ainsi émis par l'entité *ad hoc* est systématiquement opérée. Or, que ce soit dans le cadre de la cession, surtout si elle s'accompagne du transfert de la gestion, ou dans le cadre de la notation des titres, certaines informations relatives aux débiteurs cédés (emprunteurs auprès des établissements de crédit) seront amenées à circuler entre cédant et cessionnaire. C'est précisément dans ce cadre que le problème du secret professionnel bancaire émergera. En effet, les agences de notation auront à apprécier la qualité de la créance émise sous forme de titre. Pour cela, et même si la notation dépend largement de la qualité de l'émetteur (entité *ad hoc*) les agences auront tendance à exiger le plus d'informations possible sur l'identité et la situation des débiteurs cédés¹⁸⁰¹. Bien évidemment, vu la masse des débiteurs potentiels, l'agence ne pourra en pratique s'attarder sur chaque emprunteur cédé. En revanche, l'établissement de crédit ayant procédé généralement à une analyse type score, il n'est pas impensable que l'agence de notation en question demande la communication de ces notes, la somme de celles-ci donnant une idée de la qualité de l'ensemble du portefeuille cédé¹⁸⁰². Si tel devait être le cas, l'établissement de crédit en question devrait au préalable s'assurer du consentement de ses clients cédés. A défaut, il y aurait un cas d'atteinte consommée au secret professionnel bancaire. De même, qu'en cédant ses créances, l'établissement de crédit informera un tiers (l'entité *ad hoc*) qu'il a sur telle ou telle personne une créance de crédit, ainsi que son montant et ses caractéristiques principales. Toutes ces informations, couvertes par le secret professionnel, ne devraient donc pouvoir être transférées sans l'accord du débiteur cédé. Le risque d'atteinte au secret professionnel apparaît de manière encore plus patente lorsque l'établissement de crédit en question transfère également la gestion et le

¹⁷⁹⁹ *Ibidem*, page 32, 2e colonne.

¹⁸⁰⁰ Ce dernier avantage est en revanche plus perceptible pour les sociétés commerciales qui n'offrent pas les mêmes garanties que les établissements de crédit. Ce type de structures, avec notification systématique et transfert de recouvrement des créances à l'entité, présentant une qualité de crédit bien meilleure que le cédant, peut constituer, dans les moments difficiles, le seul moyen pour une entreprise de se procurer un financement. Voir Jérôme PEDRIZZETTI, précité, page 5, 1e colonne.

¹⁸⁰¹ « L'attribution et le suivi des notes attribuées sont effectués par Moody's tout au long de la vie de la transaction grâce aux informations transmises sur le comportement du portefeuille titrisé. Cela suppose une capacité à fournir régulièrement des données sur les performances des créances », *ibidem*.

¹⁸⁰² Voir dans ce sens, documentation Banque de France. La même réflexion peut être menée s'agissant de la cotation Banque de France. Nous savons effectivement que cette dernière constitue un élément central de l'appréciation du risque. La somme des cotations donnera ainsi à l'agence de notation ou à l'entité *ad hoc* une idée relativement précise du risque encouru sur le portefeuille. Or, une telle communication, couverte par le secret professionnel, doit impérativement s'accompagner du consentement des débiteurs cédés.

recouvrement de la créance cédée à l'entité *ad hoc*. En effet, en pratique, et principalement sur les crédits à la consommation, les modèles de *scoring* d'acceptation et de suivi des crédits, l'utilisation approfondie de bases de données clientèles sont autant de techniques de gestion des risques sur lesquelles s'appuie la titrisation¹⁸⁰³. Ces « procédures d'octroi, de gestion et de recouvrement apportent un éclairage pertinent sur la qualité du portefeuille titrisé »¹⁸⁰⁴. Il est alors évident que dans le cadre de l'opération des informations relatives aux débiteurs cédés, et confidentielles, soient amenées à circuler entre les différents protagonistes de l'opération¹⁸⁰⁵. Nous pouvons que conseiller aux établissements de crédit d'être très prudents et d'obtenir le consentement de leurs clients cédés afin que le secret bancaire ne soit pas heurté par l'opération. Cependant, l'obstacle du secret n'est pas propre à ce genre d'opération et peut également survenir dans la relation qu'entretient l'établissement de crédit avec ses partenaires commerciaux.

d./ Envers les partenaires commerciaux.

889. Cadre de l'étude. L'hypothèse ici visée est celle qui résulte des liens qui unissent établissements de crédit, sociétés spécialisées surtout, et commerçants prescripteurs. Nous savons que dans cette forme de relation le commerçant apparaît comme le représentant ou le mandataire de l'établissement de crédit pour ce qui est de l'offre de crédit et sa formalisation. A ce titre, l'on serait tenté de soutenir dans un premier temps que le secret professionnel bancaire ne se trouve pas en cause. En effet, le commerçant prescripteur serait alors considéré comme un distributeur de crédit habilité à recevoir toute information relative au montage du dossier et à l'octroi du crédit. Mais, ce serait là emprunter des raccourcis qui, au plan juridique, sont inacceptables. La décision de la Cour d'appel de Rennes du 13 janvier 1992¹⁸⁰⁶ nous dissuadera de tout amalgame en la matière.

890. L'analyse de la jurisprudence. Un directeur d'établissement de crédit avait adressé à des commerçants (300) une liste informatique comportant les noms, adresses et numéros de compte de 900 personnes supposées présenter un risque quant à l'octroi d'un éventuel crédit. Le listing avait été envoyé à des commerçants auxquels l'établissement de crédit avaient donné pouvoir d'accorder en son nom des prêts pour des montants inférieurs à 1500 euros.

891. La solution retenue. Se fondant notamment sur l'article 57 de la loi du 24

¹⁸⁰³ Stéphanie FERRIEU et Sophie BERTHELON, précité, page 32.

¹⁸⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁰⁵ « La mise en place d'une opération de titrisation s'accompagne souvent de développements informatiques, de modification des circuits de transmission d'informations », *ibidem*.

¹⁸⁰⁶ Voir sur cette affaire, Jean-Luc DUFOURNAUD, « Informatique et libertés : les banques et le traitement des données », précité, page 60 ; Herbert MAISL, Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1994/1, page 28 et suivantes ; Christian GAVALDA, JCP (E), 1993, II, 432 ; Francis-Jean CREDOT, « Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », Les Petites Affiches, n°21, 17 février 1993, page 8 et suivantes ; 13e rapport d'activité de la CNIL, page 25.

janvier 1984 et de l'article 378 du Code pénal, les juges Rennais ont considéré, après avoir clairement insisté sur le fait qu'aucune disposition de la loi du 6 janvier 1978, également en cause en l'espèce de par le mode de transmission de l'information, listings informatiques, d'écarter l'application de l'article 378 du Code pénal, mais qu'au contraire son article 19 imposait au déclarant de protéger les secrets édictés par la loi, en l'espèce le secret bancaire que :

« la révélation d'une information qui n'a pu être connue que dans un cadre professionnel est punissable, s'agissant d'une information générale et absolue, sauf les cas prévus par la loi, la révélation punissable ne saurait dépendre de la qualité des tiers qui ont été destinataires du secret, qu'en adressant une liste de 900 clients du Crédit agricole avec leur nom... à plus de 300 commerçants du même département qui, même autorisés à remettre une offre préalable de crédit inférieur à 1500 euros à leurs clients, ne sauraient être assimilés ni à des employés ni à des personnes participant à la direction ou à la gestion du Crédit agricole, X...s'est bien rendu coupable du délit de violation du secret professionnel ».

892. L'analyse de la décision : un secret bancaire opposable aux partenaires.

Au vu de cette décision, il apparaît expressément que les personnes liées commercialement et contractuellement avec un établissement de crédit, font parties de celles auxquelles le secret professionnel bancaire est opposable et doit être opposé. La qualité de prescripteur ne change rien à l'affaire à défaut de pouvoir voir en ces personnes des employés de l'établissement de crédit ou des personnes participant à la direction ou la gestion de l'établissement de crédit en cause. La Cour précise bien au surplus que même si les commerçants étaient autorisés à offrir, pour le compte de l'établissement de crédit, des crédits à leurs clients, ils ne pouvaient être assimilés à des employés ou des personnes participant à la gestion ou à la direction de l'établissement de crédit¹⁸⁰⁷. Dès lors, aucune information entrant dans le domaine du secret professionnel ne peut leur être transmise. Par analogie, il semble parfaitement admissible qu'une note score, qu'une appréciation système expert ou même comportementale, soit à intégrer parmi ces informations. Concrètement, cela devrait signifier que dans le cadre de la distribution du crédit en mode prescription, l'établissement de crédit ne communique pas à son partenaire la note, mais seulement la réponse à la demande de crédit sous forme d'acceptation, de refus ou d'examen approfondi. Si donc dans ce mode de distribution l'établissement de crédit est en droit d'obtenir du prescripteur les informations brutes recueillies sur le lieu de vente, en vue de l'analyse de la demande, le prescripteur, lui, ne doit pas pouvoir obtenir en retour des informations concernant cette analyse du risque, mais uniquement la réponse. En poussant davantage l'analyse l'on pourrait se demander dans quelle mesure l'autorisation de consultation du FICP, via l'établissement de crédit partenaire, par le prescripteur ne constitue pas un cas de violation du secret professionnel. En toute logique, seul l'établissement de crédit doit pouvoir accéder aux informations contenues dans le FICP, mais en aucun cas le prescripteur lui-même qui ne mène pas l'analyse du risque¹⁸⁰⁸. Ces informations font indéniablement partie du secret bancaire. Seuls les établissements de crédit y ont accès (en théorie). Les autres personnes¹⁸⁰⁹, tiers à l'établissement de crédit, ne devraient donc pas pouvoir obtenir

¹⁸⁰⁷ En ce sens, Christian GAVALDA, précité, page 115.

communication de ces informations. Même partenaires, ils n'en demeurent pas moins des tiers si on les appréhende au travers le prisme du secret bancaire.

2°A l'égard des tiers parfait.

893. Situation visée. Sous cet intitulé nous visons toutes les personnes qui n'ont aucun lien, ni financiers ni juridiques, avec l'établissement de crédit sollicité. Il pourra s'agir des fournisseurs de l'emprunteur évalué, de ses clients ou, de façon plus générale, de tout individu qui entend contracter pour une raison ou une autre avec cet emprunteur. On peut ainsi fort bien imaginer, dans le cas des emprunteurs particuliers, que son bailleur ou futur bailleur veuille se renseigner sur la moralité et la capacité à payer de ce dernier. De ce point de vue là il faut admettre qu'il trouverait chez les établissements de crédit une merveilleuse source de renseignement. A une plus grande échelle on peut ainsi fort bien imaginer que toute personne qui entend recevoir paiement de l'emprunteur évalué ait intérêt à connaître l'appréciation, sous forme de score, de segmentation ou de résultat expert délivré par le banquier. Quelle que soit donc la qualité de ces personnes, professionnel ou particulier, l'intérêt à recevoir communication de l'évaluation apparaît évidente.

894. Conflit d'intérêts généraux. Nous avons soutenu à ce propos que l'intérêt de l'économie en général n'en serait que mieux servie. Mieux informés, les tiers n'en seraient que plus prudents, et ne contracteraient qu'avec des personnes dignes de crédit. Cependant, cet intérêt va venir se heurter à un autre intérêt de protection : le secret bancaire. Il est d'ailleurs assez amusant de constater qu'en ce cas précis se sont deux intérêts publics qui sont en conflit. En effet, on a coutume de dire que le secret bancaire protège les intérêts privés du client ¹⁸¹⁰, secret des affaires et secret de la vie privée, il n'en reste pas moins qu'il tend également à la protection d'intérêts d'ordre général : « La sécurité des affaires, tout comme le bon fonctionnement du secteur bancaire repose principalement sur la confiance » ¹⁸¹¹. Nous voyons donc que la notion d'intérêt général peut, selon le coté duquel on se place, créanciers ou débiteurs, embrasser des intérêts tout à fait opposés. Un équilibre doit donc être trouvé afin que l'un de ces intérêts ne l'emporte au détriment des autres, ce qui aurait pour effet exactement l'inverse de la protection de l'intérêt général. Or, cet équilibre semble en la matière avoir été trouvé dans l'usage des renseignements commerciaux d'ordre général. Cela signifie concrètement

¹⁸⁰⁸ A cet égard, la possibilité qu'ont certains personnels d'enseignes commerciales d'accéder au FICP dans le cadre des ouvertures de crédit associées à la carte du magasin, ne peut que nous laisser perplexe. En toute rigueur ces personnes ne devraient pas pouvoir accéder aux informations inscrites dans ce fichier, sauf à être, elles-mêmes assimilées à des employés des établissements de crédit. Voir sur cette question, *supra* n° 101.

¹⁸⁰⁹ Prescripteurs.

¹⁸¹⁰ En ce sens, voir notamment, Bernard BOULOC, « Les limites du secret bancaire », in mélanges AEDBF - France, 1997, page 72. *Contra*, Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Le secret bancaire en France », in « Le secret bancaire dans la CEE et en suisse », PUF, 1973, pages 78 et 88.

¹⁸¹¹ François BORDAS, « Devoirs professionnels des établissements de crédit », précité, n° 14.

que l'établissement de crédit ne pourra communiquer la note score ou l'appréciation issue du système expert ou de la segmentation comportementale au tiers qui demanderait des informations sur la personne sujette à l'évaluation. Nous l'avons signalé ¹⁸¹², l'établissement de crédit ne pourra, envers cette catégorie d'interlocuteur, que transmettre des informations d'ordre général et mesurées ¹⁸¹³. En dehors de ce que révèle cette dernière formule, l'atteinte au secret professionnel serait consommée et la responsabilité de l'établissement de crédit engagée. Et s'agissant d'informations issues de traitements informatiques, cette responsabilité trouverait un double fondement. D'une part, dans la violation du secret professionnel que nous venons d'aborder, d'autre part, dans la violation des principes de sécurité et de confidentialité tels que formulés par la loi informatique et libertés.

II Autres dispositions s'opposant à la communication.

A L'atteinte au principe de sécurité et de confidentialité.

895. Principe édicté par les textes. Nous savons d'après l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 que le responsable d'un traitement d'informations nominatives « s'engage de ce fait... à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des données et notamment qu'elles ne soient... communiquées à des tiers non autorisés ». Cette disposition, qui met à la charge du responsable des traitements une véritable obligation de sécurité ¹⁸¹⁴, constitue un obstacle majeur à la communication d'informations nominatives de type score ou système expert par l'établissement de crédit. Un exemple particulièrement évocateur de la violation de cette disposition nous est fourni par l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes ¹⁸¹⁵.

896. Interprétation du principe par la jurisprudence. Ainsi, cette dernière, sur le double fondement de l'article 29 et de la norme simplifiée n° 13 ¹⁸¹⁶ qui autorise certes les

¹⁸¹² *Supra* n° 243 et suivants.

¹⁸¹³ Cependant, selon un auteur cette dernière formule doit avoir une signification bien précise et autant que possible restrictive. En effet, dit-il, « Il ne faut cependant pas se dissimuler que toute appréciation, si générale qu'elle soit, risque d'être censée reposer sur des éléments particuliers d'information que détient le banquier ; c'est d'ailleurs bien pour cela, souvent, que l'on s'adressera à lui. Dès lors, poursuit-il, en principe, il devrait, refuser de répondre chaque fois que l'appréciation ne pourra, à l'évidence, résulter que des seuls éléments confidentiels, qu'à raison de sa profession il détient. En revanche, étant placé par son état en tant qu'auxiliaire de commerce ou de l'industrie, au centre même d'une infinité de relations économiques, il est normal qu'il dispose d'appréciations générales, fondées d'ailleurs bien souvent sur le jugement et l'expérience d'autrui », R. HENRION, « Le secret bancaire en Belgique », *in* « Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse », étude précitée, pages 72 et 73. Nous pensons pour notre part que c'est là une position qui serait l'idéal au plan du secret bancaire, mais qui, en pratique, est quasiment impossible à mettre en oeuvre. En effet, le banquier fournira toujours une appréciation qui est la sienne et non celle d'autrui ; et qui sera, bien souvent, fondée sur sa propre expérience, ses propres informations. Sur ce point, voir *supra* n° 245.

¹⁸¹⁴ Voir *supra* n° 167.

¹⁸¹⁵ Précité du 13 janvier 1992.

transmissions d'informations aux organismes apporteurs, mais limite celles-ci aux seules données relatives aux personnes déterminées qui sollicitent un prêt, considère :

« qu'en diffusant une liste informatique de 900 personnes contenant des renseignements relatifs à d'autres personnes que celles intéressées par le prêt, en n'attirant pas au surplus l'attention des commerçants destinataires sur la confidentialité de ces informations, en ne limitant même pas l'usage de ces informations à ces commerçants en n'excluant pas dans la lettre accompagnant la liste informatique toute diffusion à leurs préposés et employés, Marcel N. a commis le délit prévu et réprimé aux articles 29 et 42 de la loi du 6 janvier 1978, étant en outre précisé que si ces commerçants sont bien des organismes apporteurs au sens de la norme n° 13, leur autorisation ne pouvait porter que sur certaines informations dans la limite de leurs attributions relatives à l'obtention d'un prêt à une personne déterminée qui en faisait la demande ».

897. Un niveau d'exigence inférieur au secret bancaire. Concrètement, cela signifie selon la Cour d'appel que le banquier n'avait pas à fournir à ses apporteurs une liste de clients à risque, alors même que ces derniers n'avaient pas demandé des prêts. Seule pouvait donc être jugé licite la communication d'informations dans le cadre de l'obtention d'un prêt et seulement au cas par cas, mais nullement la communication d'informations de façon générale et hors toute relation de crédit. Ceci ressort parfaitement de la formule édictant que, « leur autorisation ne pouvait porter que sur certaines informations dans la limite de leurs attributions relatives à l'obtention d'un prêt à personne déterminée qui en faisait la demande ». Cette dernière phrase est particulièrement restrictive puisque les commerçants ne pourraient accéder qu'à, « certaines informations », l'histoire ne nous dira pas lesquelles, et seulement en leur qualité d'organismes apporteurs, et uniquement si une demande de prêt leur était adressée par une personne identifiée. D'après cette décision, ce n'est qu'à ces conditions que le principe de sécurité et de confidentialité pourra être à l'avenir conservé. Est-ce à dire que sur cette base les établissements de crédit pourraient communiquer des informations type score ou système expert à leurs apporteurs d'affaires ? La décision manque sur ce point de précision puisqu'elle nous parle de, « certaines informations ». Ceci ne nous autorise pas à conclure d'emblée que les informations-résultats entrent dans la formule. La communication pouvant se limiter, lors de l'interrogation, à des consignes de refus des demandes. Ainsi, trouverait-on dans cette solution une harmonie avec les impératifs dictés par le secret professionnel bancaire.

898. Principe de sécurité et secret bancaire des notions différentes. Pourtant, il n'est pas certain que la décision de la Cour d'appel partage cette vision. En effet, rigoureuse s'agissant de l'application de l'article L. 511 - 33 du Code monétaire et financier relatif au secret professionnel, elle semble à l'inverse admettre une relative « souplesse » lorsque le principe de sécurité est en cause, même si elle entoure la communication d'informations de certains garde-fous. Il apparaît donc que principe de sécurité et de confidentialité de la loi de 1978 et secret professionnel bancaire ne se recourent pas totalement. Reste que l'application de la mesure la plus rigoureuse aura

¹⁸¹⁶ Sur cette norme, voir *supra* n° 139.

forcément pour effet d'évincer la disposition la plus souple, en l'occurrence le principe de sécurité et de confidentialité. Pour autant, et quand bien même les informations seraient autorisées à circuler entre établissements de crédit et tiers, même liés contractuellement, la Cour d'appel rappelle en des termes clairs que de telles communications ne doivent pas « porter atteinte à la réputation ou à la considération des personnes ».

B L'atteinte à la réputation ou la considération des personnes.

899. Plan. Dans ce cas bien précis où la communication porterait atteinte à la réputation de la personne, la loi du 6 janvier 1978 organise une incrimination et une sanction spécifique. Mais, l'application de ces mesures, nous l'avons compris, dépend de l'utilisation d'un traitement automatisé d'informations nominatives (1°). Pour autant, il ne faudrait pas croire que ce soit la seule disposition applicable en la matière. En effet, la loi du 6 janvier 1978 n'a pas vocation, ni prétention, à évincer toute autre mesure issue du droit commun qui pourrait trouver à s'appliquer (2°).

1° Incrimination de la loi du 6 janvier 1978.

900. Réalité du danger. Il est vrai que la communication d'une note score ou d'une appréciation découlant d'un système expert ou d'un système de segmentation comportementale pourrait venir porter atteinte à la considération ou à la réputation de la personne. L'hypothèse n'est pas d'école, nous avons effectivement vu ¹⁸¹⁷ que certains qualificatifs tels que, « menteur », « comportement de jouisseur »... pouvaient être utilisés dans le domaine bancaire. Il apparaît alors évident dans ces cas qu'une divulgation à un tiers, par exemple en relation d'affaires avec la personne concernée par les termes, pourrait porter atteinte à sa considération ou sa réputation si elle devait se répandre. Mais, même sans aller jusqu'à ces extrêmes, le simple fait de communiquer une note score peu encourageante à une personne avertie ¹⁸¹⁸, ou une appréciation système expert peu flatteuse ¹⁸¹⁹, et incitant à la retenue, peut pareillement entamer la réputation de la personne, surtout si elle est un professionnel connu, voire reconnu.

901. Le remède : l'article 43 de la loi de 1978. Or, sur ce point la personne ne sera pas totalement démunie puisque l'article 43 alinéa 1 de la loi de 1978 ¹⁸²⁰ prévoit que sera puni de sanction délictuelle celui qui « ayant recueilli à l'occasion de leur enregistrement ou de toute autre forme de traitement des informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la réputation ou la considération de la personne ou à l'intimité de la vie privée, a, sans autorisation de l'intéressé, sciemment porté ces informations à la connaissance d'une personne qui n'a pas qualité pour les recevoir en vertu des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 ou d'autres dispositions législatives ».

¹⁸¹⁷ *Supra* n° 146, 163, 199, 205 et n° 496.

¹⁸¹⁸ Un établissement de crédit par exemple.

¹⁸¹⁹ « Clients risqués », « clients versatiles »..., voir *supra* n° 163, 199, et n° 205.

¹⁸²⁰ Article L. 226-22 du Code pénal.

902. L'application de l'article 43 par la jurisprudence. Or, c'est exactement sur ce fondement que la Cour d'appel de Rennes est venue décider, « qu'en adressant une liste informatique de 900 personnes dûment d'identifiées par leur nom, leur adresse... à plus de 300 commerçants... avec une lettre leur enjoignant de ne pas accorder à ces personnes et seulement à elles une offre préalable de crédit... Marcel N. s'est bien rendu coupable du délit prévu et réprimé par l'article 43 alinéa 1 précité,... qu'ensuite cette liste informatique rapprochée de la lettre... ne manque pas d'apparaître comme une véritable liste noire portant atteinte à la réputation ou la considération des personnes qui y figuraient et qui se voyaient exclues de l'obtention immédiate d'un prêt au demeurant de faible importance ». Cette décision peut paraître à cet égard exemplaire. Cependant, nous savons que la loi de 1978 laisse en dehors de son champ d'action les personnes morales qui peuvent pourtant, peut-être plus encore que les personnes physiques, être victimes de telles atteintes. A ce titre, la possibilité d'invoquer d'autres dispositions de notre droit apparaît essentielle.

2° Les dispositions du droit civil.

903. Plan. *A priori*, et en cas d'atteinte à la réputation ou à la considération de la personne, deux dispositions centrales de notre droit peuvent être invoquées en concurrence ou en complément des dispositions de la loi informatique et libertés : l'article 9 du Code civil et l'article 1382 de ce même code.

904. L'article 9 du Code civil. L'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 édicte clairement et solennellement que « L'informatique ne doit pas porter atteinte... à la vie privée ». Cette disposition n'est pas sans rappeler un principe général de notre droit : l'article 9 du Code civil. Selon ce texte, « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». L'article poursuit en ces termes : « Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée... ». C'est là une disposition fort importante et intéressante qui peut donc servir de fondement à la réparation du dommage subi du fait de la communication d'un résultat informatique qui porterait atteinte à la réputation, à la considération ou à la vie privée de la personne, si tant est que les termes soient dissociables en ce cas. Ainsi, la juridiction saisie pourrait faire cesser le trouble, par exemple, en interdisant et en ordonnant le retrait de l'information litigieuse de la « circulation ». Mais, l'inconvénient de cette disposition est qu'elle aura du mal à trouver application dans les cas où les informations en questions concerneront une personne morale. En effet, celles-ci n'ont pas à proprement parlé de vie privée à protéger. Pour autant, elles peuvent, tout autant, si ce n'est plus, que les personnes physiques avoir intérêt à sauvegarder leur réputation ou leur considération.

905. L'article 9 : une disposition inadaptée aux personnes morales. Nous avons effectivement vu que les personnes morales voyaient circuler sur leur compte une multitude d'informations. En effet, la multiplication des services de renseignements dits commerciaux drainent un flux d'informations considérable, mais pas toujours exempt de tout reproche quant à leur pertinence. Or, ces informations sont le plus souvent construites et diffusées à partir de systèmes informatiques ouverts à un large public. Les personnes morales, exclues du champ d'application des dispositions protectrices de la loi

informatique et libertés se trouvent donc particulièrement démunies pour contrôler cette masse de données délayées sur elles, et qui peuvent porter une atteinte grave à leur réputation et leur fermer des marchés ou des possibilités de financement¹⁸²¹. Leur seule arme reste alors le recours à l'article 1382 du Code civil.

906. L'article 1382 du Code civil. Cette disposition, bien connue du juriste, dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Sur cette base, il est donc possible à toute personne, physique ou morale, d'obtenir réparation du préjudice subi du fait d'une atteinte à sa réputation ou à sa considération. L'application de cette disposition peut même parfois aboutir à des décisions surprenantes. C'est ainsi qu'une ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 24 avril 1984¹⁸²², a, sur la base d'une action intentée via l'article 1382, ordonné la rectification, dans le fichier d'une société de renseignements commerciaux, des informations inexactes concernant une personne morale sujette à évaluation, ainsi qu'une interdiction de diffusion jusqu'à rétablissement de la vérité. Cette disposition n'aura donc pas que des vertus curatives, par l'allocation de dommages et intérêts, mais également préventives par l'interdiction de toute communication et la rectification des informations litigieuses. Il est alors vrai que de telles décisions rapprochent les droits des personnes morales de ceux qu'ont les personnes physiques de par la loi de 1978, notamment sur le plan du droit à rectification. Cependant, subsiste ici une énorme différence. Car, si les personnes physiques peuvent obtenir rectification sans avoir à prouver un quelconque préjudice, les personnes morales doivent se soumettre à la double démonstration du caractère illicite de la formulation de l'information et du préjudice que sa diffusion ou sa communication causerait.

907. La difficulté à établir la preuve du préjudice. En pratique, cela ne sera pas chose facile, notamment dans les cas où les services de renseignements commerciaux diffuseront des informations non pas brutes, pour lesquelles il est relativement aisé de dire si elles sont justes ou fausses, mais des informations traitées, sous forme d'informations-résultats, et retraçant l'opinion de ces services. En effet, pour apprécier de l'atteinte à la réputation ou au crédit qu'une diffusion porte à la personne morale, les juges devront pratiquement se substituer aux consultants afin de saisir comment sera perçu l'information par eux. Pour cela, il faudra certes tenir compte de l'information en elle-même, mais également de l'environnement dans laquelle elle est diffusée. Accès libre ou payant, importance de la diffusion, ainsi que de l'ambiguïté entretenue sur les liens entre les services en question et d'autres sociétés, tel par exemple un établissement de crédit, un organisme public...¹⁸²³. Il est vrai que ces agences de renseignements commerciaux, qui sont des organismes privés, aiment entretenir l'ambiguïté sur leur

¹⁸²¹ Ainsi, à titre d'exemple, une de ces agences de renseignements avait attribué à une société la note de 14/20, note que l'on peut dire plutôt bonne, mais en conclusion figurait l'appréciation « paiement : à surveiller », semble-t-il, sans rapport avec la note attribuée. Voir pour d'autres exemples, Jean-Jacques Le PEN, « Données à risques sur les entreprises », *Revue Expertises*, 1993, n° 158, page 62 et suivantes.

¹⁸²² Tribunal de grande instance de Paris, 24 avril 1994, *Dalloz*, 1985, Informations Rapides, page 47, note Herbert MAISL. Voir sur cette question, Pascal ANCEL, « La protection des données personnelles : aspects de droit privé français », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3 - 1987, pages 624 et 625.

véritable statut afin de crédibiliser leurs services. Il est clair que le consultant fera davantage confiance à une société qui se revendique d'un établissement de crédit ou d'un organisme officiel censé avoir accès à des sources de renseignements privilégiées, qu'à de simples sociétés privées utilisant des informations de « seconde main ».

908. La difficulté à établir la faute. Mais, la mission des juges ne s'arrêtera pas là, puisque pour établir la responsabilité de la société diffuseur, ils devront rechercher si l'appréciation résulte de négligences ou de fautes dans son élaboration. Les tribunaux devront rechercher le sérieux avec lequel l'information aura été construite et diffusée. Or, concrètement cela revient à rechercher les modes d'établissement de la notation : critères d'appréciation, pondérations, croisements, caractère non discriminatoire de leur application à l'ensemble des sociétés répertoriées¹⁸²⁴. Finalement, c'est une véritable immixtion du juge dans la gestion des sociétés qui s'opèrera. Mais la solution est logique, car comment apprécier la justesse et la légitimité d'une appréciation sans pouvoir pénétrer le cœur du système ? La remarque se vérifie ici où l'information est l'objet même du litige. Mais, elle se vérifiera aussi, selon nous, lorsque ce ne sera plus l'information elle-même qui sera visée mais le résultat auquel elle aura mené. Autrement dit, il nous semble que le juge aura à apprécier la pertinence de l'information, et de son mode d'élaboration, chaque fois que celle-ci aura servi de fondement à la décision ou du moins d'élément d'appréciation. L'on comprend alors que les tribunaux devraient trouver, dans le domaine du contentieux de la distribution du crédit un domaine d'intervention privilégié. Ce risque d'immixtion des tiers, dont fait partie le juge, devrait alors inciter les établissements de crédit à conserver par-devers eux la note, privant ainsi le demandeur de crédit d'un élément déterminant pour éclairer son consentement ou celui de la caution. Mais, par la même occasion le banquier évitera que ce demandeur invoque cette note, non plus pour éclairer sa décision, mais pour obtenir l'octroi du crédit. Car, s'il est vrai que le banquier a développé ces méthodes dans son propre intérêt, c'est-à-dire pour lui permettre de prendre la décision d'octroi ou de refus du crédit, et même, comme nous allons maintenant le voir, pour fixer les caractéristiques du contrat, il n'est pas à exclure que le candidat au crédit invoque lui-même cette note. Dans cette hypothèse, ce dernier pourrait alors exiger, notamment si la note lui est favorable, que l'établissements de crédit lui octroi le crédit mais à des conditions, de taux d'intérêt, de garantie et de montant, adaptées à cette note, c'est-à-dire à son risque de non remboursement.

SOUS/CHAPITRE 2 LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DE L'USAGE DE L'INFORMATION SUR LA DETERMINATION DES CARACTERISTIQUES DU CONTRAT.

909. Montant, taux, garantie et droit des contrats. D'après l'article 1129 du Code civil : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». De ce point de vue, la convention de crédit, comme tout autre, n'échappe

¹⁸²³ Greffes des tribunaux par exemple.

¹⁸²⁴ Sur ce point, voir Jean-Jacques Le PEN, précité, page 64, 2e colonne.

pas à la règle. Celle-ci ne peut valablement être formée que s'il existe, entre le banquier et le demandeur de crédit, un accord à la fois sur la chose, sur le montant du crédit, ainsi que sur le prix, c'est-à-dire le taux d'intérêt. Taux d'intérêt et montant du crédit constituent donc les éléments essentiels sans lesquels la convention de crédit ne pourrait voir le jour. Cependant, lorsqu'il octroie un crédit le banquier entend quasi systématiquement se prémunir contre le risque de perte finale. Il le fera alors en demandant une garantie qui, en cas de défaillance de l'emprunteur, lui permettra de recouvrer sa créance, c'est-à-dire la somme prêtée ainsi que les intérêts stipulés au contrat. Reste que ces éléments devraient toujours être fixés par référence au niveau de risque de la personne, c'est-à-dire par référence à sa dignité de crédit. Ainsi, chaque niveau de risque devrait être pris en compte à la fois dans les garanties demandées, dans les taux pratiqués, ainsi que dans le montant du crédit octroyé. Or, nous savons que la note score, ou même la cotation Banque de France, est censée traduire ce niveau de risque. Il serait donc logique que les caractéristiques du contrat soient déterminées par référence à la notation.

910. Problématique. La question est alors de savoir si ces dernières peuvent et doivent être fixées unilatéralement et en fonction des seuls intérêts de l'établissement de crédit ou si, à l'inverse, le demandeur de crédit pourrait exiger que lui soit octroyé un crédit à des conditions, de taux d'intérêt, de garantie et de montant, adaptées au niveau de risque révélé par le résultat score et donc par référence à un critère objectif ? Pourrait-il ainsi mettre en avant sa note pour exiger un taux d'intérêt individualisé et non pas mutualisé ? Pourrait-il exiger l'octroi du crédit s'il apporte des garanties permettant de couvrir le risque de non-remboursement tel que révélé par le score et qui aurait amené au refus du crédit du point de vue du banquier ? A l'inverse, pourrait-il invoquer le droit à ne pas fournir des garanties, pourtant demandées par le banquier, si son risque est peu élevé ? Pourrait-il exiger que lui soit octroyé un crédit d'un certain montant ou même, si son niveau de risque, c'est-à-dire sa note, s'améliore de demander l'augmentation du montant du crédit initialement accordé ? Au travers ces interrogations c'est toute la question de la liberté d'action du banquier qui y est remise en cause. En effet, même s'il conserve la maîtrise de l'élaboration de la note, du moins si l'on cantonne la réflexion au score interne, une fois produite sa liberté de fixer les conditions de l'octroi du crédit malgré la note, n'est-elle pas quelque peu malmenée. Finalement, le banquier ne s'est-il pas, avec les scores, rendu prisonnier de ses propres normes ? A cela s'ajoute le fait qu'il n'est pas le seul à établir de telles évaluations. En effet, on sait que la Banque de France élabore elle-même ses propres normes d'évaluation de la dignité de crédit des entreprises et de leurs dirigeants. Ceci ne peut qu'accentuer le risque d'atteinte à la liberté de décision du banquier qui pourrait se voir opposer la cotation Banque de France ou le score Banque de France pour contrer sa propre analyse et ainsi imposer l'octroi du crédit. C'est à ces questions que nous allons maintenant tenter de répondre. Nous le ferons en prenant, principalement, pour terrain d'expérimentation la politique des établissements de crédit en matière de garantie et de taux d'intérêt. Le choix, même s'il peut paraître arbitraire, n'en trouve pas moins certaines justifications. En effet, de première part, bien souvent les politiques des taux d'intérêt et des garanties sont en pratique indissociables. Il est cependant vrai que la même remarque pourrait être faite s'agissant de la politique de fixation des montants des crédits, ce qui justifierait également son étude à ce stade de nos développements. Néanmoins, il nous est apparu plus pertinent, d'analyser la question

du montant du crédit dans notre second chapitre. Car, finalement, et de seconde part, exiger le maintien ou le renouvellement c'est toujours exiger le maintien ou la reconduction d'un certain montant de crédit. C'est pourquoi, pour éviter toute redondance, nous limiterons l'étude de l'impact des scores essentiellement quant à la fixation des modalités du contrat en termes de garantie et de taux d'intérêt, même si implicitement, et en filigrane, la problématique du montant du crédit devra être gardée à l'esprit.

911. Plan. Dès lors, lorsque l'on veut étudier l'impact des scores sur la politique des taux et des garanties face à la liberté d'action du banquier, il semble particulièrement judicieux de déterminer, dans un premier temps, quel pourrait être sa légitimité ainsi que son opportunité (section 1), pour dans un second temps, faire état des difficultés pratiques et juridiques qu'il pourrait y avoir à prendre pour norme de comportement les techniques de type crédit-scoring (section 2).

SECTION 1 La légitimité et l'opportunité de fixer la politique des taux et des garanties par référence à l'information-résultat.

912. La liberté pour le banquier de demander une garantie et de fixer le taux d'intérêt. Il est clair que ce taux constitue la rémunération du banquier. Or, en tant que commerçant ayant vocation avant tout à faire des bénéfiques, la fixation d'un prix à la prestation paraît naturelle. Dans cette ligne de pensée, il est également traditionnellement admis¹⁸²⁵ que le créancier est en droit de prendre une garantie pour se prémunir contre les risques de perte de sa créance, et même d'en prendre plusieurs, c'est-à-dire de se sur-garantir¹⁸²⁶. Evidemment, cette conception trouve un terrain de prédilection dans le domaine du crédit où le banquier cherchera les moyens de se prémunir en cas de défaillance de l'emprunteur. D'ailleurs il n'est pas dit que cette logique ne convienne pas également au demandeur de crédit.

913. Le droit pour l'emprunteur potentiel d'apporter une garantie. Du point de vue de l'emprunteur, l'apport d'une garantie tend toujours à rassurer le banquier qui sera certain, en cas de défaillance du débiteur, de retrouver les sommes qu'il aura prêtées. Celle-ci constitue donc un élément qui permettra d'emporter la confiance du banquier. La capacité à fournir une garantie, réelle ou personnelle, peut ainsi, à elle seule, permettre l'accès au crédit. Cet intérêt légitimerait la reconnaissance d'un droit à fournir une garantie.

914. Plan. Ainsi, s'il existe un certain nombre d'arguments légitimant la présence (demande ou apport) d'une garantie (I), nous verrons que malgré cela il peut apparaître inopportun de la demander (II).

¹⁸²⁵ Voir Dominique LEGEAIS, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie » . Les Petites Affiches, n° 117, 1998, page 38, 1e colonne *in fine* et page 40, 1e colonne ; Jacques mestre, Emmanuel PUTMAN, Marc Billaud, « Traité le droit civil : droit commun des sûretés réelles » , sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 1996, n°163 et suivants.

¹⁸²⁶ *Ibidem*, n° 172.

I Les fondements légitimant le taux d'intérêt et la garantie.

915. Démarche. Sous cet intitulé il s'agira d'étudier quels sont les critères qui pourraient légitimer l'existence d'une garantie ou du taux d'intérêt. Or, l'existence de ces éléments peut être légitimée à la fois par un souci de protection des intérêts privés (A) et à la fois par des objectifs de protection de l'intérêt général (B).

A Fixation des modalités du contrat et protection des intérêts particuliers.

916. Plan. *A priori* l'on pourrait penser que les garanties et le taux d'intérêt ont vocation à protéger les seuls intérêts du banquier (1°). C'est vrai s'agissant du taux d'intérêt car l'emprunteur ne trouve jamais avantage à payer des intérêts. En revanche, nous serons beaucoup moins affirmatif concernant l'existence de garanties qui, comme nous allons le voir, peuvent trouver à jouer en faveur du demandeur de crédit (2°).

1° Protection des intérêts du banquier.

a./ Protection par la fixation d'un taux d'intérêt.

917. Le taux d'intérêt constitue la rémunération de la prestation offerte par le banquier. Celui-ci est fixé en tenant compte de plusieurs paramètres¹⁸²⁷. En effet, le montant de l'intérêt tient compte de la nécessité de couvrir le coût de la ressource ou du refinancement, la nécessité de maintenir un certain niveau de rentabilité des fonds propres, la nécessité de couvrir les coûts administratifs (frais de la collecte) et de la nécessité de prendre en considération le risque de défaillance de l'emprunteur. On comprend alors qu'en l'absence d'un taux justement apprécié, c'est-à-dire d'un taux qui intégrerait les différents éléments évoqués, le banquier rencontrerait rapidement des difficultés faute de pouvoir faire face à ces charges. Ainsi, devra-t-il, notamment, tenir compte du risque de non remboursement du crédit, tel que peut le révéler la note score. Pour lui le taux est donc le gage de sa survie économique. Une réflexion relativement proche peut être menée s'agissant des garanties.

b./ Protection par la présence de garanties.

918. Objectif de la garantie : éviter les pertes définitives. Nous l'avons déjà évoqué, la garantie pour le banquier a un objectif bien précis : éviter la constatation d'une perte. Car, comme chacun le sait, le banquier est avant tout un commerçant¹⁸²⁸. A ce titre, il n'a pas vocation à supporter systématiquement des pertes. Bien au contraire sa survie économique est liée aux bénéfices qu'il pourra réaliser sur les opérations de prêt notamment. De ce point de vue, il paraît tout à fait légitime que le banquier veuille se garantir contre les risques de non-remboursement du crédit. Pour cela le champ des solutions est plutôt restreint. Il devra prendre des garanties soit réelles, soit personnelles, soient collatérales (domiciliation de salaires, ouverture d'un compte dans la banque

¹⁸²⁷ Sur la composition du taux d'intérêt voir, Bulletin de la Commission bancaire, n°13, 11/95, page 38 et suivantes, notamment page 43 ; Henri BALAGUY, « Le crédit à la consommation en France », Que sais-je, P.u.f., 1ère édition, 1996, page 70 ; Jacques FOURNIER, « Méthodologie pour mieux maîtriser le risque de crédit », Revue Banque, 1995, n°565, page 44 et suivantes, notamment page 46 ; rapport de l'ASF pour 1998, page 77 et suivante.

prêteuse, transfert de fonds dans la banque, contrat de fidélité...) ¹⁸²⁹ . On peut donc dire que la garantie est légitimée par le contexte économique dans lequel elle s'inscrit, c'est-à-dire par un objectif de protection de la créance et, par extension, de la pérennité de l'activité considérée : la distribution du crédit. Ce souci de protection des intérêts économiques premiers du créancier a d'ailleurs parfaitement été compris et validé par les juridictions tant administratives que judiciaires.

919. La demande de garantie : une pratique légitimée par la jurisprudence. En effet, dans une affaire ¹⁸³⁰ qui avait opposé un bailleur à son locataire à qui il avait été réclamé une caution parce qu'il était étranger, la Cour de cassation a relevé sans la moindre ambiguïté, qu'« il n'apparaissait pas anormal que le bailleur se constitue des sûretés de nature à garantir le paiement des loyers à proportion des risques de possible difficultés en cas de défaillance des preneurs et qu'au regard du droit international, il était plus difficile pour un ressortissant d'un État de l'Union européenne de faire valoir ses droits à l'extérieur de l'Union ... ». Cette décision a le mérite de souligner qu'un créancier, quel qu'il soit, est en droit de protéger ses intérêts en exigeant des garanties. Naturellement, la solution est parfaitement transposable au dispensateur de crédit, en sa qualité de créancier, et au domaine du crédit. En témoigne l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 30 octobre 2001 qui a approuvé les établissements de crédit qui pondéraient différemment, voire excluaient systématiquement, les ressortissants de pays étrangers précisément pour tenir compte des difficultés de recouvrement en cas de non-remboursement des crédits. Et même si le droit à une garantie n'était pas en cause, l'affaire révèle parfaitement la légitimité pour un établissement de crédit de protéger ses intérêts économiques. Au demeurant, il semble, au regard de ces deux décisions, que la protection de ces intérêts est érigée en principe supérieur du droit, puisqu'elle a prévalu sur le principe de non-discrimination pourtant consacré par la loi ¹⁸³¹ et le traité des Communautés européennes ¹⁸³² . Le droit à prendre une garantie, pendant du droit à

¹⁸²⁸ En effet, selon l'article L. 121 - 1 du Code du commerce, « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » . Et, selon l'article L. 110 - 1 du même Code, « La loi répute acte de commerce [...] toutes opérations de change, banque... » . Or, selon l'article L. 311 - 1 du Code monétaire et financier les opérations de banque comprennent les opérations de crédit. De ces textes il résulte que le banquier est un commerçant puisqu'il effectue des actes de commerce, dont font partie les opérations de crédit, à titre habituel. La forme de la société, civile ou commerciale, sous laquelle sont fait les actes n'a aucune importance. Voir en ce sens cassation commerciale 24 janvier 1984, Bulletin civil, IV, n° 27 ; Cour d'appel d'Orléans, 18 octobre 2001, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, mai 2002, décision n° 540 ; cassation commerciale 17 juillet 2001, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, janvier 2002, décision n° 75.

¹⁸²⁹ Jean-François GOUX, « Le système dual de distribution des crédits aux particuliers » , Revue Banque Stratégie, n° 106, 1994, page 6, 2e colonne.

¹⁸³⁰ Cassation civile, 19 mars 2003, Revue de Droit Bancaire et financier, n°4, 2003, page 208, décision n°138, note Dominique LEGEAIS ; Emmanuel PUTMAN, « Le cautionnement à l'épreuve du principe de non-discrimination » , Revue Juridique Personnes et Familles n° 6, juin 2003, pages 10 et 11 ; Anne DEBET, « La caution, le bail et la discrimination » , Revue des contrats, 2004/2, page 457 et suivantes.

¹⁸³¹ Article L. 225 - 1 et L. 225 - 2 du Code pénal.

protéger ses intérêts pécuniaires, à défaut d'une consécration expresse par les textes trouve, dans ces décisions, une consécration jurisprudentielle sans équivoque. Cependant, il ne faut pas se méprendre. *A priori* il serait en effet tentant d'affirmer et de voir dans la garantie l'objet d'une protection exclusive des intérêts des établissements de crédit. Mais, ce serait là adopter une vision beaucoup trop restrictive, voire erronée de la réalité. En effet, la garantie ne protège pas seulement les intérêts des établissements de crédit mais également ceux de celui qui apporte cette garantie.

2° Protection des intérêts de l'emprunteur potentiel : la garantie instrument d'accès au crédit.

920. Analyse a priori : la garantie est une mauvaise chose pour l'emprunteur. De prime abord, il est vrai qu'il paraît légitime d'avancer que la garantie est une bonne chose pour le banquier, et uniquement pour lui, parce qu'il trouvera dans celle-ci le moyen de recouvrer sa créance. Alors que pour l'emprunteur potentiel c'est une mauvaise chose car s'il défaille il verra le bien (en cas d'apport d'une sûreté réelle) saisi et vendu. Souvent d'ailleurs, dans le cas du crédit aux particuliers, celui-là même que le crédit aura permis d'acquérir. L'emprunteur défailant se verra alors dépouillé, sans vergogne, d'un bien dont il ne peut bien souvent se passer. Cela est vrai pour le particulier qui constitue une hypothèque sur le bien acheté et financé grâce au crédit, et qui se verra priver de son logement, mais cela l'est également pour le professionnel qui aura offert en sûreté l'outil de travail (machine-outil, entrepôts...) pourtant nécessaire à l'activité. Pour autant, n'envisager que ce seul point de vue serait, à notre sens, n'aborder qu'une partie de la réalité.

921. Analyse économique : la garantie est un instrument d'accès au crédit. En effet, l'apport d'une garantie tend toujours à rassurer le banquier qui sera certain, en cas de défaillance du débiteur principal, de retrouver les sommes qu'il aura prêtées. Les sûretés constituent donc un élément qui permettra d'emporter la confiance du banquier. Nous pouvons dire, et cela ne choquera personne, que la capacité à fournir une garantie, réelle ou personnelle, constitue l'un des critères de la dignité de crédit de la personne, et qui peut, à elle seule, permettre l'accès au crédit. Celui qui peut apporter une garantie dispose donc, à ne pas en douter, d'un argument de poids afin d'obtenir le crédit souhaité. A tel point d'ailleurs qu'« On a pu, dans le même ordre d'idées, se demander si l'interdiction de donner en nantissement des parts sociales de SCP ou de SEL n'allait pas aggraver les difficultés des professions juridiques, surtout dans leur exercice libéral, à trouver du crédit »¹⁸³³. L'analyse par la négative nous amène donc à considérer que celui qui est privé du pouvoir d'apporter des garanties peut également être privé de crédit. Le demandeur devrait donc pouvoir protéger ses intérêts en invoquant à son tour le droit d'apporter une garantie et, indirectement, invoquer le droit au crédit. D'ailleurs il n'est pas exclu que la présence d'une garantie trouve quelques justifications au plan du développement économique du pays.

¹⁸³² Article 12 du traité CE.

¹⁸³³ Jacques Mestre, Emmanuel PUTMAN, et Marc BILLAU, précité, pages 148 et 149.

B Garantie, taux d'intérêt et protection de l'intérêt général.

922. Taux et garantie : outils de protection du système financier. D'une part, il est clair qu'en réduisant son risque de perte finale, et en fixant un taux d'intérêt adapté, l'établissement de crédit évite que son compte d'exploitation se dégrade. De la sorte il évite de se mettre en difficulté économique. Or, nous savons que les établissements de crédit, même s'ils sont des commerçants, interviennent dans un domaine sensible : l'argent qui est le moteur de l'économie d'un pays. C'est d'ailleurs pour cela que les Autorités de notre pays ont strictement encadré l'exercice de l'activité bancaire, notamment, en exigeant que les établissements de crédit respectent un certain nombre de normes dites « prudentielles »¹⁸³⁴. La démarche n'est évidemment pas innocente. Elle tend à éviter que des établissements de crédit, par une politique et une gestion hasardeuse, viennent à éprouver des difficultés et mettent ainsi en péril le système financier tout entier. En effet, la faillite d'une banque peut avoir des conséquences très fâcheuses au plan économique, car elle entraînerait une crise de confiance des déposants qui pourrait à son tour déstabiliser le système bancaire et financier dans son ensemble. Il est alors bien évident que l'économie du pays en souffrirait. Or, de ce point de vue, l'existence d'un taux d'intérêt approprié ainsi que de garanties est une bonne chose. Dans cette dernière hypothèse, notamment, si les cas de défaillances des emprunteurs devaient se multiplier, les garanties permettraient le recouvrement des créances, l'équilibre du compte d'exploitation des établissements de crédit et donc la pérennité du système financier. Cette fonction a d'ailleurs été parfaitement perçue par le Conseil National du Crédit qui a souligné¹⁸³⁵ que « l'atténuation du risque final supporté par le prêteur appelle un renforcement des garanties susceptibles d'être mises en jeu en cas de sinistre. Ce renforcement est apparu au groupe de travail comme une condition d'une meilleure prise de risque par les établissements de crédit, dans l'intérêt même de l'économie ».

923. Garantie : accès au crédit et développement économique. Cependant, et d'autre part, les garanties ont une autre vertu au plan macroéconomique, celle de permettre l'accès au crédit à des acteurs indispensables au bon fonctionnement de l'économie du pays. Cette fonction du crédit a, une fois de plus, été mise en exergue par le Conseil National du Crédit¹⁸³⁶ pour qui les garanties, notamment, devraient « faciliter l'accès au crédit des petites entreprises dont le développement est indispensable au renforcement du tissu économique de notre pays ». La réflexion peut bien évidemment être reproduite s'agissant de l'accès au crédit pour toute autre entreprise, quelle que soit sa taille, ainsi que pour les particuliers qui, par leurs achats, stimulent la production, l'investissement et donc participent, eux aussi, au développement économique. Reste que si nous avons fait état de l'intérêt, et donc de la légitimité pour le banquier d'exiger un taux d'intérêt et des garanties ou, pour le demandeur de crédit, d'apporter une garantie, encore

¹⁸³⁴ Voir *supra* n° 375 et suivants.

¹⁸³⁵ Rapport annuel 1995 - 1996 sur le risque de crédit, pages 8, 264 et 265.

¹⁸³⁶ Rapport précité, page 265.

faut-il savoir si une telle décision sera, au plan économique, opportune.

II De l'opportunité d'exiger une garantie ou de fixer un taux d'intérêt.

924. Problématique. Le banquier qui est maître de ses intérêts peut toujours décider, notamment, d'octroyer un crédit sans garantie. Il est vrai que l'on aurait tendance, *a priori*, à considérer que le banquier a toujours intérêt à prendre des garanties pour assurer le remboursement de sa créance. Pourtant, là encore, ce serait adopter une vision plutôt simpliste de la réalité économique. Car, il doit tenir compte également du profil, et donc de la réticence, que pourrait manifester la personne à apporter la garantie (A). Cependant, dans l'hypothèse où la garantie serait tout même soit demandée par l'établissements de crédit, soit imposée par l'emprunteur, l'échelle des scores pourrait-elle alors permettre d'imposer la vision soit du banquier, soit du candidat au crédit ? C'est ici se demander si cette méthode, à laquelle peut être ajoutée la cotation Banque de France, peut constituer un référentiel pertinent (B).

A De l'opportunité de prendre une garantie pour le banquier.

925. Motifs de l'octroi du crédit sans garantie. Plusieurs raisons peuvent légitimer la décision du banquier qui accorderait un crédit sans garantie. D'une part, le prêteur peut estimer la prise de garantie comme inopportune en raison du coût de sa mise en œuvre, voire impraticable, au regard du contexte de distribution du crédit (distribution en agence ou distribution en mode prescription). D'autre part, il peut l'estimer inopportune au regard de la relation bancaire. Enfin, il peut la trouver inopportune au regard de l'analyse du risque de défaillance de l'emprunteur potentiel.

926. Inopportunité au regard du rapport coût/efficacité. Sans doute que l'un des premiers éléments de motivations de l'exclusion de la garantie sera le coût que représente sa mise en place. En effet, et notamment lorsqu'elle portera sur un bien immobilier, la garantie représente un coût certain ¹⁸³⁷ parce qu'il faut l'évaluer, et parce que, si elle devait être exécutée, elle entraînerait des frais de procédures supplémentaires. L'opportunité de la garantie doit d'autant être réfléchi que le résultat n'est jamais certain. En effet, il existe toujours un risque de dévaluation du bien pris en garantie de sorte que le recouvrement total de la créance n'est jamais assuré. Et même dans le cas d'une prise de sûretés personnelles, par un cautionnement par exemple, le recouvrement n'est, là encore, jamais totalement garanti car la caution peut elle-même être insolvable au moment où elle sera actionnée. La prise en compte de ces éléments peut donc dissuader le banquier de se constituer une garantie. Mais le contexte de distribution du crédit peut également jouer dans ce sens.

927. Inopportunité de la garantie au regard du contexte de distribution du crédit
¹⁸³⁸ . Il est évident que la mise en place d'une garantie n'est jamais simple. Une certaine

¹⁸³⁷ Jean-François GOUX, précité, pages 6 et 7.

¹⁸³⁸ Christian Tellier, « Banque -- entreprise : le temps du dialogue », Revue Marchés et Techniques Financières, n° 64, 1994, page 14, 3e colonne.

lourdeur, administrative notamment, peut alors, selon le mode de distribution du crédit, apparaître comme anti-économique. Lorsque la distribution du crédit a lieu en agence, mode de distribution pratiqué par les banques dites « universelles », la mise en place d'une garantie est moins gênante, en ce sens que le demandeur de crédit, qui bien souvent aura fait la demande, sera disposé à attendre l'accomplissement des formalités administratives. En revanche, lorsque la distribution a lieu en mode prescription, c'est-à-dire sur le lieu de vente, le traitement des dossiers de crédit doit être assuré le plus rapidement possible si les partenaires (société financière et vendeur) ne veulent pas que la personne se détourne de l'achat faute d'avoir eu rapidement les moyens de l'accomplir. Une politique de garantie systématique n'est donc pas souhaitable pour ces organismes financiers. A cela s'ajoute le fait que les individus qui s'adressent aux banques universelles acceptent plus aisément de fournir une garantie, ceux-ci ayant une meilleure connaissance du risque et de leur capacité de remboursement, en contrepartie d'un taux d'intérêt plus faible. Alors que les personnes qui s'adressent à des sociétés financières, population généralement plus risquée, n'acceptent pas facilement de fournir une garantie et préfèrent payer un taux d'intérêt plus élevé pour compenser l'absence d'apport de garanties (soit qu'elles ne veulent pas, soit qu'elles ne peuvent pas). Dans ce dernier cas, l'établissement de crédit n'a pas intérêt à prendre ou même à demander des garanties. Une telle démarche serait considérée pour ces demandeurs de crédit comme une barrière à l'entrée en relation et donc comme anti-commerciale pour l'établissement de crédit qui verrait partir le chaland.

928. Inopportunité de la garantie au regard de la politique commerciale de l'établissement de crédit. Le fait de réclamer une garantie peut avoir un effet clairement anti-commercial. En effet, aux yeux de certains demandeurs de crédit, qui estiment ne pas présenter de risque sérieux de non-remboursement, la garantie peut apparaître comme un signe de défiance de la part du banquier. Pour certaines catégories de personnes, la demande de garantie peut alors avoir un effet dissuasif et ainsi bloquer l'entrée en relation alors que ces personnes présentes, intrinsèquement, un bon risque. Pour ce type de clientèle une politique de garantie trop insistante n'apparaît donc pas opportune. La question sera alors réglée non par le biais des garanties mais par le taux d'intérêt pratiqué.

929. Garantie et taux d'intérêt. La pratique ¹⁸³⁹ démontre effectivement que la politique des taux d'intérêt et celle des garanties est quasiment indissociable. En effet, bien souvent l'absence de garantie est compensée par un taux d'intérêt plus fort, et la présence de garantie par un taux d'intérêt plus faible ¹⁸⁴⁰. Mais, cette même pratique démontre également que la politique des taux et des garanties est indissociable de l'analyse du risque ¹⁸⁴¹.

930. Garantie, taux d'intérêt et analyse du risque. En effet, à défaut de garantie

¹⁸³⁹ Jean-François GOUX précité.

¹⁸⁴⁰ *Ibidem*, pages 6 et 7.

¹⁸⁴¹ En ce sens, voir rapport pour le Comité consultatif, « Réforme de la législation sur l'usure », décembre 1992.

l'établissement de crédit devra procéder à une analyse minutieuse du risque de non-remboursement. Car, ce n'est que par ce biais qu'il pourra garantir la bonne sortie du crédit. On a l'habitude de dire pour l'activité de distribution du crédit que la meilleure garantie reste une analyse précise de la dignité de crédit. L'affirmation n'est pas usurpée car celle-ci doit permettre d'identifier ceux qui rembourseront de ce qui ne rembourseront pas. Or, les techniques comme les scores répondent parfaitement à cette philosophie.

B De l'opportunité ou de la pertinence du référentiel score en tant que mode de fixation des modalités du contrat.

931. Problématique. Concrètement, le banquier devrait pouvoir se baser sur son analyse du risque pour fixer sa propre politique en matière de garantie. Ainsi, à un risque faible de non-remboursement devrait correspondre l'absence de demande de garantie. A l'inverse, à un risque important devrait s'associer une demande de garantie systématique. Il en sera évidemment de même s'agissant de la fixation du taux d'intérêt. Le demandeur de crédit, lui, invoquera la note, si elle est bonne, pour obtenir le crédit à des conditions avantageuses en termes de taux et de garanties ; et si elle est dégradée, pour justifier l'apport d'une garantie, ou d'un taux d'intérêt plus élevé, afin d'obtenir le crédit.

932. La note : un indicateur pertinent pour la fixation des modalités du contrat.

Nous savons qu'à chaque note score correspond un risque de défaillance. Il n'est alors pas difficile d'imaginer que la politique des garanties et des taux soit alignée sur la note. A partir de là toutes les combinaisons, possibles et imaginables, sont envisageables. Ainsi, si l'on prend une échelle de score allant de la note 0 pour un risque de défaillance certain à la note 20 pour un risque de défaillance quasi nul, l'on peut émettre l'hypothèse qu'en deçà du 10/20 la nécessité de prendre une garantie et de fixer un taux d'intérêt élevé sera d'autant plus pressante que la note chutera. A l'inverse, au-dessus de 10/20 la nécessité de prendre une garantie et de fixer un taux d'intérêt élevé diminuera au fur et à mesure que la note s'améliorera.

933. Niveau du score et valeur de la garantie à prendre. On pourrait même faire application de la note score pour se prononcer sur la valeur de la garantie à apporter ou à demander. Concrètement, on pourrait imaginer un système où la valeur de la garantie à prendre serait étalonnée sur le niveau de risque réel du demandeur de crédit. Ainsi, une note score assez faible pourrait légitimer que soit prise ou apportée une garantie d'une valeur équivalente à la somme prêtée augmentée des intérêts. Une telle note pourrait même légitimer une politique de sur-garantie. A l'inverse, une note relativement élevée pourrait légitimer que soit prise ou apportée une garantie limitée en valeur et correspondant seulement à une partie du total de la créance due. Dans un cas comme dans l'autre c'est le niveau du risque, représenté par la notation, qui constituera la réponse objective à apporter quant à la valeur de la garantie qui doit être demandée ou apportée. Cela paraît d'une logique implacable, notamment dans le cas où la note est bonne. Car dans cette hypothèse on peut supposer que plus la note score sera élevée plus la probabilité de survenance de la défaillance s'éloignera dans le temps, c'est-à-dire proche du terme du contrat. Le nombre de remboursement intervenu sera donc plus important et la créance à recouvrer en cas de défaillance en sera d'autant diminuée. Ce qui justifierait une garantie dont la valeur serait moins importante que dans l'hypothèse où

le risque de défaillance serait élevé.

934. Limite à la référence au score dans la fixation des modalités du contrat On pourrait nous objecter alors que les techniques des scores ont justement été développées et fonctionnent, généralement, pour les clients qui ne veulent pas ou ne peuvent pas apporter des garanties (client des sociétés de crédit à la consommation considérés comme plus risqués que les clients des banques universelles). L'analyse fine du risque autorisant alors les établissements de crédit à s'engager sans prendre de garantie puisque s'ils acceptent de prêter c'est qu'au regard de la note score ils peuvent le faire sans trop de risque. Si la note est trop faible, c'est par l'exclusion du crédit que se résoudra, normalement ¹⁸⁴², la question alors qu'il est vrai que la garantie aurait pu permettre l'entrée en relation. Cependant, cela n'exclut absolument pas d'utiliser la technique des scores pour tout type de clients. Les banques généralistes utilisent elles-mêmes de telles techniques afin de permettre la détermination de la politique des garanties et des taux.

935. Score et fixation du taux d'intérêt. S'agissant de la politique des taux, il est vrai qu'aujourd'hui que les sociétés qui utilisent les scores fixent ce taux par référence à l'objet du crédit (immobilier, consommation : automobiles, électroménager...), le montant octroyé et la durée. A chacun de ces cas correspond alors un tarif différencié censé couvrir des risques différents révélés par le choix de l'objet et des modalités du crédit. C'est donc un prix uniformisé, selon la classe de risque à laquelle on appartient, qui est pratiqué ¹⁸⁴³. Mais il n'y a pas de référence à la note score ¹⁸⁴⁴. Cependant, techniquement, un tarif individualisé pourrait être pratiqué ¹⁸⁴⁵ et qui varierait en fonction de la note score. A une note faible, correspondant à un risque fort, devrait être associé un taux d'intérêt élevé. A une note élevée, marquant un risque faible, devrait correspondre un taux faible. La démonstration est ici faite que la technique des scores, et plus généralement les techniques de notation, peut avoir un impact significatif sur la fixation des modalités du contrat de crédit. Cependant, la généralisation d'un tel système ne sera pas sans poser quelques difficultés tant juridiques que pratiques.

SECTION 2 L'opportunité de la référence à la note dans la fixation des caractéristiques du contrat au regard des difficultés de mise en œuvre du système.

936. Obstacles d'ordre pratique. Une première difficulté réside dans le fait d'identifier la note de référence. On connaît la note score établie en interne par l'établissement de crédit. Mais, à côté, nous savons également que la Banque de France produit, elle aussi, des scores ainsi qu'une cotation pour les entreprises et leurs dirigeants. Cependant, la

¹⁸⁴² Car le risque pourrait être compensé par un taux plus important.

¹⁸⁴³ En ce sens, rapport pour le Comité consultatif, précité, pages 4 et 5.

¹⁸⁴⁴ *Ibidem*, page 82.

¹⁸⁴⁵ En ce sens, voir Jean-François GOUX, précité, page 10, 1ère colonne.

problématique ne s'arrête pas là. Une fois déterminée la note de référence, à supposer que cela soit possible, encore faudra-t-il fixer le seuil à partir duquel, par exemple, la garantie devrait être prise ou exclue, et le seuil qui permettra de déterminer la valeur de la garantie à prendre ou à apporter.

937. Obstacles d'ordre juridique. Une fois répondues à ces questions nous verrons que pour autant tout problème ne sera pas résolu. Car le banquier et le demandeur de crédit se heurteront, pour ce qui est des garanties au principe de proportionnalité et, pour ce qui est du taux, à la législation sur l'usure. Règles qui constitueront alors autant d'obstacles à la liberté d'action des partenaires économiques et à la prise en compte de l'échelle de notation comme référentiel des conditions d'octroi du crédit.

I Obstacles d'ordre pratique.

938. Plan. Ces obstacles sont de deux ordres. D'une part, ils tiennent à la recherche des systèmes de notation de référence (A), d'autre part à la détermination du seuil de notation qui déclenchera la demande de garantie et la valeur que devra avoir cette dernière (B).

A Les difficultés liées à la détermination du système de notation de référence.

939. Multiplicité des notes de référence. La difficulté d'une recherche des systèmes de notation de référence n'apparaît que pour les entreprises qui peuvent se voir notées par différents systèmes et pas différentes personnes. En effet, pour les particuliers le problème ne se pose pas car seule la note produite par l'établissement de crédit, en interne, est susceptible de lui être opposée. En revanche, pour les entreprises on peut imaginer que trois notes, au moins, puissent être produites. On pourra avoir celle établie par l'établissement de crédit grâce à son système de *scoring*, celle qui pourrait être sortie du système score de la Banque de France et celle qui ressort de la cotation Banque de France, qui peut d'ailleurs elle-même se scinder en deux : la cotation de l'entreprise et la cotation des dirigeants.

940. Difficulté à identifier la note référence. L'on comprend alors qu'il sera particulièrement délicat d'isoler quelle note devra prévaloir, toutes ayant quasiment la même fonction : identifier, à court terme, le risque de défaillance de l'entreprise. Le banquier aura bien évidemment tendance à baser sa décision sur le résultat rejeté par son propre système. Ce dernier étant censé tenir compte de ses objectifs de rentabilité, de ses objectifs commerciaux et de sécurité financière. Pour autant cela n'exclut pas d'emblée qu'il se réfère au score Banque de France et à la cotation Banque de France. Nous savons d'ailleurs que cette dernière constitue l'élément principal de la décision du banquier lorsqu'il consent du crédit à l'occasion de l'escompte du papier commercial¹⁸⁴⁶. Cependant, même en dehors de ce cas, la cotation Banque de France est une référence que les établissements de crédit utilisent quasi systématiquement pour décider de l'octroi ou du refus d'un crédit. A-t-elle point d'ailleurs que certains systèmes de *scoring* intègrent celle-ci parmi leurs variables. Ceci ne peut donc que compliquer les choses quant au

¹⁸⁴⁶ *Supra* n° 486.

choix du système de référence. A se demander même si un choix est possible en la matière. Au final, et en cas de résultat sensiblement différent, ce qui est peu probable¹⁸⁴⁷, il est fort à parier que chacune des parties invoquera la note qui est le plus favorable à la protection de ses intérêts. Dans ce cas un conflit d'intérêts naîtra que seul le dialogue pourra alors résoudre. A supposer celui-ci concluant restera à déterminer dans l'échelle de notation le ou les seuils qui permettront, soit d'exclure la prise de garantie, soit de prendre la garantie tout en réservant la question de sa valeur.

B Les difficultés liées à la détermination du seuil du score déclenchant la demande et la valeur de la garantie à prendre.

941. Seuil du score déclenchant la demande de garantie. On peut penser que dans le cas des notes extrêmes la réponse à la présence ou à l'absence de garantie sera aisée. A bon score ou à bonne cotation devrait correspondre une absence de garantie. A mauvais score ou à cotation détériorée devrait s'identifier une prise de garantie systématique. Mais on comprend bien, comme nous avons pu le voir en matière de décision d'octroi ou de refus de crédit¹⁸⁴⁸, que se sera dans la zone intermédiaire que la décision de prendre ou d'exclure la garantie sera la plus délicate.

942. Niveau du score et valeur de la garantie à apporter. La même difficulté surviendra d'ailleurs lorsqu'une fois prise la décision de prendre la garantie, il s'agira de déterminer la valeur de celle-ci. Là encore, en fonction de la note, le banquier pourrait juger opportun, au plan commercial, de prendre une garantie qui couvre une partie de la dette seulement. Grâce à l'échelle des scores les conditions de l'octroi du crédit pourraient ainsi être, objectivement, fixées laissant aux parties et notamment au banquier dont on a toujours dit qu'il était le maître de la décision, une part de liberté réduite¹⁸⁴⁹. Cependant, si économiquement et même techniquement la notation permet de telles réflexions, elle ne peut aller jusqu'à légitimer des pratiques qui seraient en décalage avec certaines normes jurisprudentielles et/ou légales.

II Obstacles d'ordre juridique.

943. La problématique de l'échelle des scores comme référent unique pour la fixation des conditions d'octroi du crédit se heurte à deux obstacles majeurs, la législation sur l'usure (A) et le principe de proportionnalité (B).

A La législation sur l'usure¹⁸⁵⁰.

944. La fixation d'un taux plafond quel que soit le niveau de risque. Le législateur,

¹⁸⁴⁷ Les bases du résultat restant sensiblement identiques, voir *supra* n° 321.

¹⁸⁴⁸ Voir *supra* n° 394.

¹⁸⁴⁹ Le banquier se verrait alors devenir le prisonnier de ses propres normes.

¹⁸⁵⁰ Sur le taux d'usure, voir rapport du Conseil National du Crédit, décembre 1992 précité.

afin d'éviter les abus dans la fixation du taux d'intérêt, a édicté une norme ¹⁸⁵¹ précise en la matière obligeant les établissements de crédit à ne pas dépasser un taux d'intérêt maximum. Dès lors, si en principe les établissements de crédit demeurent libres de fixer le taux d'intérêt, ils n'en doivent pas moins respecter cette limitation. Concrètement, cela signifie qu'ils ne peuvent pas augmenter indéfiniment le taux d'intérêt en fonction du risque de défaillance. Nous avons effectivement vu que les établissements de crédit pratiquent un taux plus élevé pour les individus les plus risqués. Nous avons également émis l'hypothèse que la progression du taux pourrait être calculée sur la progression de la note score. Ainsi, plus la note serait élevée, indiquant un risque faible, plus le taux d'intérêt pratiqué devrait lui-même être faible et inversement, plus la note serait basse, plus le taux devrait augmenter. Mais, si l'on associe cette logique à celle du taux d'usure l'on risque d'atteindre assez vite le seuil où la note correspondra à un taux supérieur à celui de l'usure. Dans ce cas, de deux choses l'une, ou bien l'établissement de crédit accepte de réduire son taux, ou bien il n'accepte pas de réduire son taux et le seul moyen pour lui de respecter la législation sur l'usure sera de refuser le risque, c'est-à-dire refuser l'octroi du crédit. Un phénomène d'exclusion se produira alors pour les personnes les plus risquées qui pourtant ne sont pas celles qui ont le moins besoin du crédit. Pour autant la lutte contre l'exclusion ¹⁸⁵² ne peut justifier l'octroi d'un crédit inconsidéré. C'est là un autre obstacle à la référence aux systèmes scores comme modèles d'appréciation des conditions de l'octroi du crédit.

B L'échelle des scores et le principe de proportionnalité.

945. Problématique. Nous avons vu que la note score pouvait permettre à l'établissement de crédit et au demandeur de crédit de fixer les conditions de l'octroi du crédit, notamment en termes d'apport ou de refus d'apport de la garantie. Nous avons même pu avancer qu'une note peu élevée pouvait justifier une politique de sur-garantie et pouvait ainsi permettre l'accès au crédit. Cependant, raisonner de cette façon dispenserait l'établissement de crédit de procéder à une analyse du risque ou de tenir compte de celle-ci. Finalement, il lui suffirait d'octroyer systématiquement le crédit, quel que soit le risque de crédit, et de se protéger par une garantie couvrant le montant du crédit et les intérêts demandés. Toutes les personnes qui pourraient apporter une garantie auraient ainsi accès au crédit tandis que les autres seraient exclues du crédit. Or, une telle analyse est totalement inacceptable à la fois pour les parties à l'acte et pour l'économie du pays. En effet, l'établissement se priverait, en excluant des personnes qui certes n'ont pas de biens à apporter en garantie, mais qui pourtant sont des bons risques ¹⁸⁵³, d'une manne financière considérable alors même qu'il est du métier de banquier d'octroyer des crédits à des personnes dont la dignité est avérée (par le score par exemple). Du côté de la personne qui apporte la garantie une telle démarche est également inacceptable car l'octroi du crédit ne serait plus conditionné par la capacité de remboursement mais par les

¹⁸⁵¹ Article L. 313 - 3 du Code de la consommation.

¹⁸⁵² Voir *infra* n° 1055.

¹⁸⁵³ C'est-à-dire des personnes capables de rembourser grâce aux revenus qu'ils retirent de leur activité.

garanties que pourraient apporter cette personne. Si cette dernière présente un mauvais risque ¹⁸⁵⁴ alors l'opération d'octroi revient à créer un endettement totalement infondé économiquement. Le crédit n'aura permis que d'enrichir l'établissement de crédit mais n'aura procuré aucun avantage à l'emprunteur. Au contraire, l'opération l'aura dépouillé d'un bien et donc l'aura appauvri à hauteur de la valeur de ce bien. La même réflexion pourrait être faite si la garantie portait sur un cautionnement. La caution serait sûre d'être actionnée. Elle se sera donc endettée illégitimement au profit cette fois de l'établissement de crédit et du débiteur principal. L'on s'aperçoit donc qu'économiquement une telle démarche est plus qu'aberrante. Elle ne permet pas d'orienter le crédit vers des personnes qui sont aptes à le rembourser et à en faire un bon usage. Dans ce cas le crédit n'aura pas permis la création de richesses, il n'aura pas favorisé l'investissement et stimulé la production. Mais au contraire il aura permis l'endettement à mauvais escient, le surendettement et donc l'appauvrissement. Si le droit à la garantie existe, il doit être concilié avec le droit à la liberté patrimoniale ¹⁸⁵⁵. C'est-à-dire que le garant ne doit pas en consentant des sûretés excessives pouvoir s'endetter à vie. Le problème est de savoir, comme a pu écrire un auteur ¹⁸⁵⁶, « comment concilier un tel droit à la garantie et le droit de conserver une part de liberté patrimoniale ? » (1°). Au surplus, s'il est légitime pour le banquier d'assurer sa créance et donc de prendre des garanties, il n'en doit pas moins se soucier des intérêts des autres (emprunteur, caution, tiers) et de l'économie en général. C'est pourquoi il procède, et il lui est demandé de toujours procéder à une analyse du risque, et de n'octroyer que des crédits adaptés à chaque demande, indépendamment du taux fixé et des garanties qui pourraient être apportées. La problématique consiste donc à opposer le droit à prendre une garantie ou à apporter une sûreté, au devoir imposé au banquier selon lequel il ne doit consentir du crédit qu'à des personnes qui, au regard de leur dignité de crédit, ont la capacité de rembourser. En d'autres termes c'est ici poser le principe selon lequel la garantie ne peut être le palliatif à l'incapacité de remboursement de la personne (2°).

1° Le droit à prendre une garantie et le droit à la liberté patrimoniale.

946. Constat de départ. Nous l'avons souligné, le banquier est en droit de prendre des garanties. Cependant, ce droit doit être concilié avec le droit à la liberté patrimoniale. Or, précisément, le principe de proportionnalité doit permettre de concilier ces droits *a priori* antagonistes. Ce principe trouve aujourd'hui à s'exprimer aussi bien dans le domaine des garanties personnelles que dans celui des garanties réelles.

947. Principe de proportionnalité et garantie personnelle. En effet, l'article 2013 du Code civil consacre expressément ce principe en disposant que, « le cautionnement

¹⁸⁵⁴ C'est-à-dire qu'elle ne pourra pas rembourser grâce à ses revenus futurs.

¹⁸⁵⁵ Voir, sur le principe que la prise de garantie n'est pas discrétionnaire, Yves PICOD, « Proportionnalité et cautionnement : le mythe de Sisyphe », *in liber amicorum* Jean CALAIS - AULOY, « Etudes de droit de la consommation », Dalloz, 2004, page 843 et suivantes, notamment n° 3 et ses références.

¹⁸⁵⁶ Dominique LEGEAIS, « Principe de proportionnalité : Le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », précité, page 38, 2e colonne.

ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur... ». C'est là admettre que la garantie apportée doit être en relation avec le montant de la dette cautionnée. Cependant, cette règle de bon sens, ne limite pas l'engagement de la caution par référence à ses propres capacités mais par rapport à la dette cautionnée. C'est dire que si la dette est elle-même importante la règle ne permettra pas d'éviter l'endettement à vie. Si bien que d'autres dispositions¹⁸⁵⁷ imposent à l'établissement de crédit de ne pas faire signer un engagement de caution à une personne qui n'a manifestement pas les ressources nécessaires pour satisfaire à son engagement en cas de défaillance du débiteur principal¹⁸⁵⁸. C'est là établir un principe de proportionnalité entre les capacités de la caution et le montant du crédit garanti. Mais, dans une hypothèse comme dans l'autre la caution se sera toujours engagée à rembourser la totalité de la dette, alors qu'on aurait pu admettre qu'elle ne s'engage à garantir qu'une partie de la dette notamment si le risque du débiteur principal, révélé par la note score, reste faible. Mais, c'est sans doute dans le cas de constitution de sûretés réelles que le principe peut s'avérer le plus important.

948. Principe de proportionnalité et sûretés réelles.L'emprunteur devrait ainsi pouvoir invoquer le droit à n'apporter que des garanties dont la valeur permet de couvrir le risque de non-remboursement. Cependant, en pratique il paraît bien difficile de répondre à ce souhait. En effet, il faudrait que par un pur hasard le montant de la dette contractée soit égal à la valeur du bien. Autant dire que cette hypothèse demeurera rarissime. Si bien que dans les faits la garantie octroyée sera d'une valeur supérieure à la dette cautionnée. Ainsi, si le bien apporté n'est pas suffisant pour couvrir l'ensemble de la dette, la banque cherchera d'autres garanties quitte à se sur-garantir¹⁸⁵⁹. Mais, un tel comportement est-il légitime ? N'y aurait-il pas de la part du banquier un comportement abusif ? On peut le penser et le principe de proportionnalité pourrait décider le juge à sanctionner l'établissement de crédit qui se serait ainsi fait consentir « des sûretés inutiles ou excessives ». Or, selon le professeur Dominique LEGEAIS « une variété de sûretés inutile et celle qui est excessive car disproportionnée par rapport à la dette et donc inutile au-delà de ce qui correspond à la valeur de celle-ci ».

949. L'inadaptation du principe de proportionnalité.Cependant, comme nous venons de le voir, le principe de proportionnalité ne fait que limiter le droit à demander une garantie. Pour autant l'établissement de crédit serait toujours en droit de demander une garantie égale à la valeur du montant du crédit et des intérêts. Le demandeur de crédit

¹⁸⁵⁷ Article L. 313 - 10 du Code de la consommation.

¹⁸⁵⁸ Principe confirmé par la jurisprudence, notamment cassation 19 juin 1997, JCP (E), 1997, II, 1007, note Dominique LEGEAIS ; JCP (E), 1998, page 173, note Philippe Simler ; Bulletin Joly, 1997, page 868, note Paul Le Cannu ; Revue Trimestrielle de Droit Commerciale, 1997, page 662, note Michel Cabrillac.

¹⁸⁵⁹ Le principe d'indivisibilité de la garantie fera que plusieurs biens pourront être saisis et vendus alors que leur total dépasse la dette à rembourser. Sur ce principe, voir l'article 2114 alinéa 2 du Code civil pour l'hypothèque et l'article 2083 alinéa 1 pour le gage. Pour une étude du principe et de ses limites, voir Jacques Mestre, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLAU, « Droit commun des sûretés réelles », précité, n° 447 et suivants ; Dominique LEGEAIS, « Sûretés et garanties du crédit », 2e édition, L.G.D.J., 1999, n° 387, 395, 637, 519 et 558 ; Michel CABRILLAC et Christian MOULY, « Droit des sûretés », 4e édition, Litec, 1997, n° 521, 562 et 782.

pourrait donc, en accédant au crédit, s'endetter, voire se surendetter et ainsi porter atteinte à sa liberté patrimoniale. L'idéal n'est donc pas « qu'une personne puisse obtenir un crédit égal à la valeur de l'actif net réalisable de son patrimoine » mais qu'elle puisse s'endetter à hauteur du risque qu'elle représente.

950. Un principe de proportionnalité entre le risque et la valeur de la garantie. L'idéal serait d'établir une relation entre le risque que représente la personne, en termes de capacité de remboursement, et la valeur de la garantie à demander ou à apporter. Ainsi, un principe de proportionnalité existerait entre la note attribuée et le montant de la garantie ainsi que le montant du crédit. De telle sorte que plus le risque et le montant seraient élevés plus la valeur de la garantie devrait augmenter. Cependant, un tel système montrerait vite ses limites car il permettrait de substituer la prise de garantie à l'analyse même du risque de défaillance. Or, la présence des garanties, qu'elle soit demandée par l'établissement de crédit afin de protéger sa créance ou par le demandeur de crédit pour accéder au crédit, ne peut constituer un palliatif à l'incapacité de la personne à rembourser le crédit.

2° Le droit à fixer les modalités du contrat face au devoir de prudence du banquier.

951. La fixation des modalités du contrat face au devoir de prudence du banquier. « La présence de garantie importante ne justifie pas à elle seule l'octroi d'un crédit dépassant les facultés de remboursement de l'emprunteur ». Cette phrase du professeur Dominique LEGAIS¹⁸⁶⁰ exprime parfaitement les limites des garanties. Ainsi, s'il est légitime qu'une garantie existe elle ne doit pas pour autant servir de fondement à une politique d'octroi de crédit inconsidérée¹⁸⁶¹. Le premier souci du banquier n'est pas de rechercher des garanties mais d'apprécier si oui ou non la personne pourra, grâce à ses revenus, rembourser en temps et en heure le crédit qu'elle sollicite. Car, il est aujourd'hui unanimement admis que le banquier a un devoir de prudence qu'il doit exercer non plus seulement en tenant compte de ses propres intérêts mais également, et notamment¹⁸⁶², en se préoccupant des intérêts du demandeur de crédit¹⁸⁶³. Ce devoir se subdivise en deux sous-obligations, l'obligation de s'informer, et l'obligation de discernement ou de clairvoyance économique. Or, cette dernière contraint le banquier à n'octroyer des crédits qu'à des personnes qui pourront rembourser celui-ci. Concrètement, cela signifie que le dispensateur de crédit devra refuser le crédit si les capacités de remboursement de la personne sont inadaptées au montant du crédit¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁶⁰ Précité, page 39, 2e colonne.

¹⁸⁶¹ Voir, pour une application de ce principe, Cour d'appel d'Angers, 02 février 2000, visible *in* site Internet <http://www.afub.org>.

¹⁸⁶² L'émergence du devoir de conseil, mis à la charge du banquier, semble confirmer, même s'il fait redondance avec ce devoir de prudence, que la jurisprudence se préoccupe plus particulièrement de la protection des intérêts du client. Voir sur ce point, *infra* n° 1119.

¹⁸⁶³ En ce sens, tribunal de grande instance d'Angoulême, 20 juillet 2001, visible *in* site de l'afub précité.

952. L'illégitimité d'une garantie visant à couvrir un risque excessif. Il ne devra donc pas demander dans cette hypothèse une garantie permettant de faire face à la défaillance future, mais certaine, de l'emprunteur¹⁸⁶⁵. Si tel devait être le cas, il y aurait à coup sûr un comportement du banquier qui serait jugé abusif. La garantie n'est légitime que si elle est demandée ou apportée pour couvrir la partie irréductible de risque qui existe dans tout crédit. Mais, elle n'est pas là pour couvrir un risque dont on est presque certain qu'il surviendra. Dans ce cadre, il devient particulièrement difficile de justifier une demande de garantie sur un risque élevé de non-remboursement tel qu'il pourrait être révélé par la note score. De même que le demandeur de crédit devrait ne pas pouvoir imposer une garantie à l'établissement de crédit pour lui permettre l'accès au crédit alors que sa note révèle une situation qui n'est pas des plus optimistes.

953. L'illégitimité d'un taux visant à couvrir un risque excessif. La même réflexion pourrait être menée quant à la fixation du taux par référence à la note score. En effet nous avons vu que pour les individus les plus risqués le taux d'intérêt demandé était plus élevé que pour les personnes présentant un risque de défaillance moins important. S'il est vrai que les établissements de crédit, et notamment les sociétés financières dans le crédit à la consommation, pratiquent largement la mutualisation¹⁸⁶⁶ des risques, il n'est pas exclu que le taux pratiqué soit calqué sur le niveau de risque. Mais, cela ne doit être possible que pour les clients qui présentent *a priori* une capacité à rembourser le crédit. Cela ne doit donc pas permettre à des personnes d'accéder au crédit en contrepartie d'un taux d'intérêt exorbitant. Une telle pratique¹⁸⁶⁷, outre qu'elle se heurterait très vite à la législation sur l'usure, ne servirait aucun des intérêts en présence. Ni ceux des établissements de crédits qui ont vocation à être remboursés ni ceux de l'emprunteur qui se trouverait très vite en difficulté. Reste à savoir si ces mêmes personnes (établissement de crédit et emprunteurs potentiels) pourraient user de la note en tant que fondement à l'octroi ou au maintien d'un crédit ou, à l'inverse, comme fondement à la rupture ou au non-renouvellement du crédit ?

CHAPITRE 2 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES NÉES DE LA PLACE DE L'INFORMATION DANS LA DECISION BANCAIRE.

954. Problématique. L'établissement de crédit qui aura procédé à l'élaboration de

¹⁸⁶⁴ Voir sur cette obligation, *infra* n° 1119 et suivants.

¹⁸⁶⁵ En ce sens, voir Cour d'appel d'Amiens, 10 mars 2000, site de l'afub référence : afub - CA - 000310A.

¹⁸⁶⁶ Voir en ce sens Jean-François GOUX précité, page 5. Les clients les moins risqués payent pour les plus risqués via un prix unique et moyen pratiqué pour l'ensemble des clients. C'est-à-dire que les clients dans le score est bon et qui aurait justifié un taux d'intérêt faible, paient un prix plus fort, donc inadapté à leur risque, pour compenser un taux d'intérêt plus faible payés par les clients dont le score est moins bon et qui aurait justifié l'application d'un taux plus élevé. Voir aussi rapport pour le Comité consultatif, décembre 1992, précité, page 5 *in fine*.

¹⁸⁶⁷ Voir sur cette éventualité, rapport pour le Comité consultatif, précité, page 5 *in limine*.

l'information-résultat attendra bien évidemment qu'elle lui serve à éclairer sa propre volonté, et lui permette ainsi d'exercer son jugement ou son discernement, pour employer un terme plus familier des spécialistes de la matière bancaire, sur la situation qui se présente à lui. En effet, il paraît totalement inconcevable qu'au moment de la décision d'octroi ou de refus du crédit, le banquier se prive de cet élément d'appréciation du risque qu'il a spécialement conçu dans cette optique au prix d'efforts financiers et humains considérables. La question n'est donc pas dans l'usage ou non de l'information-résultat, cette seconde alternative étant à exclure, mais dans l'importance de la place qu'il accordera à cette information pour l'exercice de son discernement, c'est-à-dire pour refuser ou accorder le crédit sollicité, pour maintenir ou rompre la relation. S'appuiera-t-il uniquement sur cette information pour se décider ou, au contraire, ne la considérera-t-il que comme un simple indice, parmi d'autres, de la dignité de crédit du demandeur ? De la réponse à cette question, *a priori* anodine au plan de l'activité bancaire, un certain nombre d'implications sont susceptibles de voir le jour. Les premières découlant de l'utilisation lors de la conception de cette information, de l'outil informatique. Cet usage va alors déclencher l'application d'un principe directeur de la loi de 1978 et qui énonce en substance que le banquier ne peut prendre une décision fondée uniquement sur un traitement informatique ayant pour objet la définition du profil de la personnalité de l'intéressé (sous/chapitre 1). Cette disposition ne laisse pas le choix des armes aux décideurs en leur imposant d'intervenir dans la prise de décision, dont le degré restera, et c'est là l'une des principales difficultés soulevées par le texte, à déterminer. Du comportement du banquier, attitude active ou attitude passive face au résultat rejeté par l'ordinateur, le mécanisme protecteur de la dignité de la personne sujette à l'évaluation sera alors mis ou non en action. La lecture de cette disposition apporte donc une réponse claire à la place qui doit être attribuée à l'information-résultat lors de la prise de décision. Cependant, l'état de la question devra être ici complété par la législation européenne qui est venue apporter des exceptions à ce principe, consacrant par-là même, un peu plus encore, une logique tournée vers la protection des intérêts des responsables des traitements et donc des établissements de crédit. L'étude de l'usage des méthodes scores ou experts, au travers la place accordée aux informations qu'elles rejettent, dans la prise de décision n'est donc pas neutre, tant au plan juridique qu'au plan de l'organisation pratique de l'activité de distribution du crédit. Le respect de ce principe contraint alors le banquier à se plier à une logique qui n'est pas la sienne. Cela se vérifiera tout particulièrement lorsque l'on confortera ce principe à la distribution du crédit en mode prescription. Pourtant, ce même principe d'humanité qui, *a priori*, à tout pour venir contrecarrer la liberté d'action du banquier lors de la prise de décision, pourra bien venir, dans un certain contexte, protéger les intérêts de ce dernier. En effet, que l'on songe un instant à l'hypothèse où le juge aura à rechercher la responsabilité de l'établissement de crédit pour octroi ou refus de crédit abusif. Dans la mesure où le dispensateur de crédit utilise les informations-résultats pour la prise de décision, n'est-on pas en droit de se demander si cet usage, plus ou moins prononcé, lors de la décision d'octroi ou de refus, ne doit pas rejaillir sur l'appréciation que pourra faire le juge de la faute de l'établissement de crédit en cas de non-remboursement du crédit ? C'est là une seconde série d'interrogation qui peut, à notre sens, découler de l'usage plus ou moins présent de l'information-résultat lors de la décision. L'interrogative est bien évidemment assise sur

une analyse qui se veut avant tout prospective et qui repose sur l'opportunité d'ériger les méthodes des scores ou les systèmes experts, et plus précisément les résultats qui en ressortent, en critère d'appréciation de la responsabilité pour octroi ou refus de crédit excessif (sous/chapitre 2).

SOUS/CHAPITRE 1 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES AU REGARD DE LA RELATION BANCAIRE.

955. Problématique. Nous venons de le faire remarquer, l'impact de l'information-résultat sur la relation bancaire doit s'analyser aussi bien au regard de la nature de cette relation, qu'au regard de l'opportunité d'entrée en relation ou de maintenir cette relation. Dans ce schéma, il s'agira d'imposer au banquier l'humanisation de la relation. Cette dernière devra alors être fondée sur un lien entre deux personnes, et non pas sur un rapport entre une personne physique et un ordinateur. C'est dire que si le banquier est, en principe libre d'entrer en relation, il doit en revanche le faire en respectant le principe d'humanité instauré par la loi de 1978. Or, comme nous le verrons, son application viendra quelque peu amputer la liberté qu'avait le banquier de sélectionner les candidats au crédit. En effet, le principe d'humanité, dont nous avons justement pu voir les incidences au plan de cette liberté, procède de la même philosophie que l'article 3. Le banquier n'est plus alors totalement libre d'agir comme bon lui semble. Il est d'ailleurs assez amusant de constater qu'au niveau du décideur cette liberté est également amputée, puisque le modèle décidera de la conduite à tenir sans véritable possibilité de contestation, sauf à remettre en cause le système de sélection défini par avance. N'y a-t-il pas alors ici quelque chose de contradictoire avec la liberté de décider qu'invoque le banquier comme paravent à l'octroi ou refus du crédit ? Le principe d'humanité (section 1) ainsi prôné par la loi de 1978 n'est donc pas loin de sauver le banquier lui-même de ses propres carcans, de ses propres normes dont il s'est fait prisonnier. Cette dernière remarque est d'ailleurs parfaitement stigmatisée dans le cas où il s'agira pour le banquier de prendre la décision de ne pas entrer en relation ou de sortir de celle-ci. En effet, là encore le demandeur de crédit, ou l'emprunteur, pourrait, à son tour, se fonder sur l'information-résultat pour exiger du banquier qu'il lui octroi un crédit ou qu'il maintienne la relation, soit en demandant la reconduction d'un crédit précédemment octroyé, soit en sollicitant la continuation d'un crédit en cours (section 2).

SECTION 1 Des conséquences au regard de la nature de la relation bancaire.

956. L'ordinateur : un outil potentiellement dangereux pour l'individu. Nous avons pu voir, lors de l'étude de l'article 3, que le législateur avait entendu par cette dernière disposition instaurer un contre-pouvoir face aux décideurs et aux concepteurs des processus décisionnels. Cette volonté, nous l'avons expliqué, était légitimée par les dangers que pouvait représenter l'usage de l'informatique dans la prise de décision. En effet, et sans revenir sur ce qui a été déjà dit, il a été souligné que l'utilisation de l'outil informatique dans les systèmes d'évaluation de la dignité de crédit aboutissait à une réduction extrême de l'être. Celui-ci n'étant alors plus considéré à partir de ce qu'il est réellement, mais à partir du modèle auquel il est censé appartenir. Dans ce schéma, l'individu n'est plus regardé en tant qu'être unique, en tant qu'individualité, mais comme

un simple numéro, un résultat sorti de l'ordinateur. C'est, avec les systèmes experts et les méthodes de crédit-scoring, à une réduction des plus extrêmes que l'on arrive. Le calcul par ordinateur ne peut effectivement pas proposer une individualisation des personnes à partir de ce qu'elles sont, mais seulement à partir du groupe auquel elles appartiennent ou du groupe statistique auquel elles vont être assimilées. En cela, nous dit le 19^e rapport de la CNIL ¹⁸⁶⁸, « les profils que l'informatique permet d'établir plus aisément, ne mettent peut-être pas en péril la liberté individuelle ; ils l'ignorent ». Face aux techniques traditionnelles d'évaluation de la dignité de crédit, ces nouvelles méthodes apportent la négation de l'individu dans sa diversité au profit d'une catégorisation excessive (à notre sens) que seule l'analyse humaine pourrait contrecarrer. Pourtant, en soi, l'on ne peut dire qu'un tel anéantissement de l'être est forcément dangereux pour l'individu.

957. Une dangerosité révélée qu'en cas de confiance excessive dans l'ordinateur. En effet, ce n'est pas tant, et on le comprendra, le fait que telle ou telle personne soit identifiée à un chiffre qui pose problème, mais c'est bien l'usage qui sera fait de ce résultat par les décideurs qui sera mère de tous les dangers au plan de la protection de la personnalité de l'être. Expliquons-nous sur ce point. S'il est exact que l'ordinateur constitue le préalable nécessaire aux atteintes portées à l'individu, il en n'est pas la cause intrinsèque. Celle-ci doit être trouvée dans la personne même du décideur, dans l'usage abusif qu'il fera du modèle ainsi conçu. C'est bien dans celui-ci que réside toute la source des dangers pour l'individu. Dans la confiance excessive que pourra accorder le décideur à l'ordinateur et aux résultats qu'il rejettera. Il est indéniable que cette confiance placée dans l'ordinateur n'est pas étrangère aux avantages procurés par l'outil informatique. En effet, ce dernier offre aux intervenants, établissements de crédit, une prodigieuse capacité de tri et de classement. Il permet de déterminer rapidement et précisément le profil des personnes sujettes à l'évaluation. Ces qualités font que l'ordinateur est alors devenu bien plus qu'une simple machine à englober et à mémoriser des informations. Mais son aptitude à retrouver, à traiter et organiser les données brutes l'amène à produire, grâce aux logiciels, des informations construites, à l'instar des systèmes de notation de la Banque de France et du crédit-scoring, à proposer des solutions voire des décisions à l'instar de ce que sont les systèmes experts. Ces méthodes, dans la relation avec le banquier, deviennent alors des facteurs d'intégration ou d'exclusion, parfois même de discrimination ¹⁸⁶⁹. Cette confiance dans l'ordinateur se comprend aisément si l'on considère que ces systèmes sont élaborés par les plus grands experts et qu'à ce titre l'agent chargé de l'étude du dossier éprouvera, psychologiquement, quelques scrupules à aller contre les résultats inscrits sur l'écran de son ordinateur. Cette vision est confortée par le fait que dans certains établissements de crédit, sociétés financières, le système de *scoring*, établi en amont, correspondrait à une véritable politique de sélection. Ainsi, le résultat n'est pas seulement à regarder comme un indice de la dignité de crédit pour l'agent chargé de l'étude du dossier, mais comme une véritable directive qui, à défaut d'être suivie, avons-nous dit, pourrait engager sa

¹⁸⁶⁸ Dix-neuvième rapport d'activité de la CNIL, 1998, page 115 *in fine*.

¹⁸⁶⁹ Que ces systèmes permettent apparemment de légitimer. Voir décision Conseil d'État du 30 octobre 2001, précité, *supra* n° 360 et suivants.

responsabilité. Dans ces conditions, l'on ne s'étonnera guère de la place prépondérante qu'occupe l'ordinateur dans la prise de décision. Chez certaines sociétés de crédit, nous l'avons souligné, pratiquant un certain mode de distribution du crédit, l'ordinateur, au travers les résultats qu'il rejette, est donc passé du rang de simple système d'aide à la décision à celui de décideur. Or, c'est bien dans cette hypothèse que les tares consubstantielles à l'outil informatique, catégorisation, réduction de l'être, deviennent dangereuses pour l'individu. Ceci confirme bien que c'est l'usage plus ou moins prononcé, de ce qui reste pourtant une simple machine, qui est la source des atteintes à la personnalité de l'être. C'est cet excès de confiance en la machine, et dans ce qu'elle peut avoir de plus négateur au plan des libertés individuelles que le législateur a précisément voulu éviter en instaurant un principe d'humanité des décisions. C'est-à-dire l'obligation pour le décideur de faire intervenir une part d'humanité avant sa prise de décision finale.

958. Démarche. Cependant, la rigueur actuelle que semble instituer l'interdiction d'une prise de décision fondée uniquement sur l'outil informatique doit être largement atténuée par l'évolution du droit en cours qui, elle, est venue adoucir la règle dans le sens d'une liberté apparemment plus grande du banquier. Cette évolution vient du législateur européen qui admet qu'une décision puisse être prise uniquement sur la base d'un traitement automatisé visant à définir le profil d'une personne. L'on peut alors se demander ce qu'il restera du principe ainsi établi, et du même coup de la protection de l'intégrité humaine qu'il prône. Cet état est accentué par le fait que le projet de transposition de cette directive reprend la même philosophie. Compte tenu de cela, il devient opportun, afin de percer les mystères du principe d'humanité, d'envisager l'étude de la question aussi bien au niveau national (sous/section 1) qu'au niveau communautaire (sous/section 2).

S/s seCTION 1 Au niveau national.

959. Nécessité d'une intervention humaine. C'est l'article 2 de la loi informatique et libertés qui a instauré le principe d'humanité des décisions. Selon cette disposition, « Aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé ». Selon cette règle, lorsqu'il s'agit de porter un jugement sur le comportement humain, la décision doit intégrer dans son processus une intervention humaine. C'est-à-dire qu'un système informatique qui aurait pour fonction d'appréhender un tel comportement, ne pourrait en aucune façon servir d'unique base à la décision. Mais, concrètement qu'est-ce que ce principe peut bien vouloir signifier ? Car, ainsi posée, la règle ne nous apporte guère de précision sur la manière dont il faut l'aborder et sur ce qu'elle implique pour les responsables des traitements, notamment au regard de l'activité bancaire. C'est qu'effectivement, la norme demeure énoncée sous la forme d'un principe général dont il est impossible de deviner *a priori* la portée pratique. Ainsi, à partir de quand pourra-t-on dire que la décision n'est plus fondée sur le seul résultat informatique ? Comment apprécier le degré d'intervention humaine souhaitable, si tant est que cela soit possible ? Comment en pratique fixer ce degré d'intervention ? Comment faire respecter les règles qui pourraient découler des réponses apportées à ces questions ? Autant d'interrogations

auxquelles il ne sera pas aisé, c'est un euphémisme, de trouver des solutions. C'est pourtant bien à celles-ci qu'il va falloir répondre si l'on veut donner un sens à la règle ainsi établie.

960. Démarche. Les développements qui vont suivre ont donc précisément pour objet d'apporter ou plutôt, devrions-nous dire, d'approcher modestement les orientations souhaitables afin de saisir la signification à donner à la règle (I), ainsi que l'effectivité dont elle pourra jouir (II).

I La signification du principe d'humanité.

961. Plan. Afin d'appréhender correctement le sens à donner à la norme retranscrite à l'article 2, il nous semble judicieux de nous attarder dans un premier temps à cerner la philosophie qui a été à la base de sa consécration (A). Finalement, pourquoi le législateur de l'époque a-t-il tenu à intégrer un tel dispositif ? Dans un second temps, et afin de mesurer toute la portée de la règle, nous nous arrêterons sur l'impact qui pourrait ressortir de son application à la matière bancaire (B). A partir de cette dernière démarche il nous sera alors possible de déterminer qu'elle doit être la signification à attribuer à cette disposition centrale de la loi de 1978.

A Consécration du principe.

962. Problématique. Lors de l'adoption de la loi informatique et libertés, et de son article 2, le législateur avait marqué son souci de protéger l'individu face aux dangers que pouvait représenter l'outil informatique pour les libertés individuelles. En effet, l'inquiétude des parlementaires a été suscitée par l'apparition, dans l'administration, des projets S.A.F.A.R.I et G.A.M.I.N., notamment, visant à sélectionner, selon des règles préétablies par l'ordinateur, les individus en fonction du groupe auquel ils appartenaient. Pour éviter les travers, en termes d'automatisation, auxquels pouvait mener un usage excessif de ces systèmes, le législateur a cru bon réagir en adoptant une loi spécifique pouvant contrecarrer les dérives dues à l'utilisation de l'informatique (1°). L'article 2 fait ainsi partie des dispositions qui doivent, en dehors de toute intervention du citoyen, limiter les dangers induits par l'usage de l'ordinateur pour la prise décision (2°).

1° Les motivations du législateur de 1978.

a./ Les motivations historiques.

963. Projet G.A.M.I.N. ou l'Homme au service de la machine. La présence de l'article 2 dans la loi de 1978 n'est pas anodine. Cette disposition a été très fortement, si ce n'est explicitement, motivée par une initiative du ministère de la santé dénommée projet G.A.M.I.N.¹⁸⁷⁰. En effet, à la lecture du rapport du député FOYER¹⁸⁷¹, il est clairement affirmé que : « Cette disposition a été inspirée par le projet G.A.M.I.N. du ministère de la santé qui visait à exploiter par l'informatique les fichiers de certificats de

¹⁸⁷⁰ G.A.M.I.N. signifie gestion automatisée de médecine infantile.

¹⁸⁷¹ Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée nationale, n° 3125, tome II, première session ordinaire de 1977 - 1978, page 2.

santé détenus par les services départementaux de protection maternelle et infantile et groupant toutes les indications sociales et morfo-médicales consignées dans les certificats médicaux obligatoires qui sont délivrés aux âges de huit jours, neuf mois et vingt-quatre mois ». Concrètement, l'objectif de ce système¹⁸⁷² de fichage était de faciliter la prise de décision à partir de profils humains qui devaient permettre de détecter les enfants à risques. Cet outil prenant appui sur l'ordinateur ouvrait aux autorités publiques une grande capacité de discrimination, d'étiquetage et de classement des enfants supposés à risques.

964. Etiquetage des individus et automatisation des décisions. Afin de mener à bien l'action sanitaire et sociale, l'isolement des personnes susceptibles d'avoir besoin de l'action paraissait évident et légitime. Une sélection sur cette base n'était donc pas en soi illégitime. Ce qui est apparu critiquable dans ce projet, c'est bien les conditions dans lesquelles se sont opérées ces sélections ainsi que les conséquences qui y étaient attachées. En effet, la sélection ne s'opérait que sur des constats statistiques relatifs à des critères médicaux et sociaux. Restait que constater n'était pas expliquer. Ainsi, il avait été remarqué que les risques médicaux augmentés en fonction de la situation sociale des parents mais sans apporter plus d'explications. Il y avait là une véritable stigmatisation de l'état social en fonction de critères observés, mais non expliqués. Le côté préventif était donc absent de la logique du projet gamin. Au final, on avait donc une certaine catégorie de la population¹⁸⁷³, jugée socialement défavorisée, qui se trouvait ainsi classée, discriminée, étiquetée sans pouvoir réellement se détacher de ce système. Bien évidemment, la masse d'informations à traiter nécessitait l'intervention de l'outil informatique. Une fois les informations enregistrées, traitées par croisements, la machine établissait un profil de l'individu qui devait déterminer la prise de décision des autorités administratives. Ainsi, à titre d'exemple, une fois la personne étiquetée « handicapée », celle-ci était impérativement orientée vers les filières spéciales visées allant des services médicaux aux classes d'éducation spéciales, aux groupes d'aide psychologique ou à des enseignements d'adaptation, tout cela sans que les familles puissent véritablement s'y opposer. Cette possibilité de voir sa vie tracée à partir d'une vérité, d'un profil sorti tout droit de l'ordinateur étant en totale contradiction avec la philosophie même de la loi, ne pouvait qu'être rejetée par le législateur.

¹⁸⁷² Ce système né par une loi du 15 juillet 1970 a été condamné par la CNIL en juin 1981. C'est bien le danger suscité par ce système, ainsi que celui engendré par Safari qui ont été les déclencheurs des initiatives parlementaires qui allaient donner naissance à la loi de 1978. En effet, Safari ou système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus, a provoqué une grande émotion chez les parlementaires ainsi que dans la presse. Schématiquement, le traitement instauré, sous un identifiant unique -notre actuel numéro de sécurité sociale- une interconnexion entre les différents fichiers. Ce procédé aboutissait pratiquement à une totale transparence de l'individu devant les pouvoirs sociaux qui pouvaient avoir accès à l'ensemble des données qui étaient stockées sur ce dernier : données scolaires, militaires, médicales, fiscales, professionnelles... Le danger pour le respect de la vie privée apparut suffisamment évident aux parlementaires pour réglementer l'utilisation de l'outil informatique. Rappelons à titre indicatif que l'opération Safari est née d'une action spontanée et secrète de l'administration qui ne repose sur aucune base juridique solide. Voir sur ce dernier fichier, André VITALIS, « Informatique, pouvoir et liberté », 2e édition, Economica, 1988, pages 77 à 90 ; sur le projet G.A.M.I.N. voir même auteur, page 91 et suivantes.

¹⁸⁷³ Evalué tout de même à 40% de la population totale, André VITALIS précité page 94.

b./ La motivation philosophique : un principe de supériorité de l'Homme.

965. Philosophie de la loi : l'informatique au service de l'Homme. En effet, d'après l'article 1^{er} de la loi de 1978, « L'informatique doit être au service de chaque citoyen... elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Or, en permettant à l'ordinateur de décider seul, c'est directement le sentiment d'identité et la vie privée qui sont mis en péril. En effet, c'est laisser l'ordinateur décider seul de quelque chose qui touche directement à l'intimité de la vie privée, c'est-à-dire à la personnalité, au comportement humain de la personne. C'est précisément cela que le législateur de 1978 a voulu éviter. Que l'ordinateur, lorsqu'il s'agit de porter un jugement sur la personnalité, ne soit pas seul maître à bord. A cet égard les propos du parlementaire Jacques THYRAUD paraissent suffisamment explicites. En effet pour lui, « il ne faut pas que, par faiblesse, on laisse la machine tranchée s'agissant d'une décision ayant un caractère humain »¹⁸⁷⁴. Cet état d'esprit se retrouve d'ailleurs fort bien retranscrit dans le libellé de l'article 2. En effet, l'appréciation du comportement humain ne peut être établie par la seule référence à un traitement automatisé d'informations. De là, il ressort un principe d'humanité des décisions. L'intervention humaine est nécessaire lorsqu'il s'agit de déterminer le profil ou la personnalité d'un individu. Cela tend à confirmer, à l'instar de l'article 1^{er} que « L'informatique est au service de chaque citoyen ». Or, si on avait permis à un ordinateur de prendre seul la décision, on aurait implicitement reconnu un état d'infériorité de l'homme. L'informatique n'aurait plus été un outil au service de l'homme, mais un organe décisionnel face auquel l'homme serait devenu un contemplateur admiratif et béat. Par un tel système, le rapport humain-machine aurait été inversé avilissant le premier au rang d'exécuteur des vérités sorties du second. Mais, cette idée-là le législateur de 1978 l'a totalement écartée consacrant par-là même une sorte de protection collective des individus face à la menace informatique.

2° Les moyens d'y parvenir.

a./ Philosophie générale : une approche individualiste.

966. Une volonté collective de protection de l'individu. Il est vrai que la loi de 1978 est largement dominée par une philosophie individualiste des dangers de l'informatique. En effet, partant d'un individu isolé, dont il est affirmé le droit au respect de sa vie privée¹⁸⁷⁵, il est question d'encadrer les traitements automatisés d'informations nominatives afin d'éviter les atteintes intolérables à ses droits. Dès lors, il devient logique dans un tel schéma que soit confié à l'individu isolé le rôle principal¹⁸⁷⁶. Son intervention devient alors la pierre d'angle du dispositif protecteur. Ainsi, la proclamation des droits en matière informatique est destinée à maximiser le rôle de la personne dans la manipulation des dossiers de renseignements. Après tout la loi de 1978 ne constitue qu'un

¹⁸⁷⁴ Voir, débats Sénat, séance du 17 novembre 1977, page 2769, colonne n° 2 *in limine*.

¹⁸⁷⁵ Article 1er, précité.

¹⁸⁷⁶ La consécration des droits d'accès, d'information, d'opposition, de rectification, de contestation ou d'effacement, donne toute la mesure de l'approche individualiste de la loi de 1978. Sur ces droits, voir *supra* n° 159, 160 et n° 163.

prolongement du principe contenu à l'article 9 du Code civil, et selon lequel « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Il ne s'agit, par la loi de 1978, que d'étendre la protection de l'individu face aux dangers de l'informatique. Il est cependant évident que l'article 9 du Code civil aurait pu (peut) servir de base d'action contre les éventuelles atteintes à la vie privée causées par l'outil informatique. Or, la logique de l'article 9 est de laisser les individus libres d'intenter une action lorsqu'ils estiment que leur vie privée a été atteinte. La loi informatique et libertés ne procède pas autrement en laissant à l'individu le soin d'activer le dispositif de protection. Le choix a donc été de reconnaître à l'individu une place de premier plan au stade de la protection. Reste à savoir si cette maximisation du rôle de l'individu n'est pas fondée sur une appréciation quelque peu optimiste de la valeur des ressources individuelles ?

967. Inadaptation de l'approche individualiste. En effet, il existe « Une énorme différence de poids entre l'individu isolé et les grands organismes qui recueillent des données... Dans ces conditions, parler de contrôle est purement illusoire. Un gouvernement soucieux d'éviter les nouveaux problèmes soulevés par la création des grands fichiers d'informations personnelles peut se constituer un alibi en insistant exclusivement sur les moyens de contrôle individuel et en valorisant artificiellement le pouvoir de l'individu qui se retrouvera seul, engagé dans une partie qu'il ne peut que perdre »¹⁸⁷⁷. Il est à craindre que l'individu isolé, et en position de faiblesse, n'ose faire valoir ses droits. Le domaine du crédit est un exemple particulièrement criant de l'inconvénient de cette approche. En effet, le demandeur de crédit hésitera à deux fois avant de refuser de communiquer une information au banquier. Toute attitude contraire l'exposerait au risque du rejet pur et simple de la demande. Mais, il semble que le législateur ait très peu pris conscience de cet état de faiblesse qui découlerait de l'isolement de l'individu face à des puissances économiques tels que les établissements de crédit. Cependant, même si dans ses grandes lignes la loi informatique et libertés reste marquée par une approche individualiste des dangers de l'informatique, elle consacre tout de même un embryon d'approche que l'on pourrait dire « collective ».

b./ La philosophie de l'article 2 : une approche collectiviste.

968. Plan. L'intérêt d'une telle approche est ici double puisqu'à la différence de la première hypothèse, elle n'a pas pour fonction directe la protection de considérations propres à la personne sujette à l'évaluation, mais bien l'affermissement de la supériorité de l'être humain face à la machine (b-1). Ce qui est alors tout à fait original, contrairement aux autres dispositions de la loi de 1978, y compris l'article 3, c'est qu'elle ne protège plus seulement le fiché, mais également le responsable du traitement, c'est-à-dire, dans l'espèce qui nous préoccupe ici, les établissements de crédit (b-2).

b-1 L'intérêt de l'approche collectiviste.

969. Une mesure applicable sans intervention des intéressés. La reconnaissance d'un droit reconnu, sans référence à l'intervention de l'individu, dénote une volonté et un esprit de ne pas laisser l'individu seul maître de sa protection face aux dangers de l'informatique. Cette conception semble d'ailleurs bien liée aux droits à protéger. En effet,

¹⁸⁷⁷ S. RODOTA, in Actes du séminaire sur les questions d'ordre politique soulevées par la protection des données, OCDE, 1976, page 152, cité par André VITALIS, précité, page 158.

ce n'est peut-être pas seulement le domaine de la vie privée qui est protégé, mais peut-être aussi celui de l'Homme dans son individualité, dans ce qu'il a de plus humain. Il s'agit par ces dispositions de dépasser le cadre de la sphère privée de chaque individu pour passer à la protection de l'être humain face à la machine. Nous avons déjà dit plus haut que par ces dispositions le législateur avait voulu proclamer la supériorité de l'être humain face à la machine. Or, cette affirmation ne consacre pas tant la protection individualiste de la personne qui voit son comportement apprécié par une machine, mais bien plutôt la protection d'un intérêt collectif : le principe d'humanité des décisions. Ne pas se voir exclure d'un droit ou d'une prestation sur la base du seul calcul informatique, c'est là la prise de conscience par le législateur qu'il n'y a pas que la vie privée à protéger, mais également des aspects, des valeurs, des éléments fondamentaux qui font de nous des êtres « aimant et souffrant », et qui nous distinguent de la machine, organe mécanique, et uniquement mécanique. Et, s'il est vrai que dans le cadre de l'article 2 cette philosophie vise de prime abord davantage la personne qui se voit opposer une décision sortie de l'ordinateur, il n'est pas pensable qu'elle ne bénéficie également pas à celui qui utilise la machine.

b-2 Etendue du principe ratione personae.

970. Machine et déresponsabilisation du décideur humain. En effet, sans que cela n'apparaisse dans les travaux parlementaires, il est possible de soutenir que l'article 2 a pris une dimension qui dépasse la volonté du législateur de l'époque. Le principe reconnu dans l'article 2 a, selon nous, pris une autonomie par rapport à son objectif initial : la protection de l'individu qui se voit opposer une décision fondée sur un traitement informatique¹⁸⁷⁸. En effet, le risque avec l'informatique est de voir l'Homme s'effacer derrière celle-ci. Et à partir de là voir la substitution de l'appareil à l'Homme. Ce serait ainsi célébrer « l'omnipotence, l'omniscience et l'omnicompétence de la machine »¹⁸⁷⁹. Plutôt que d'être un objet au service de l'Homme, l'ordinateur deviendrait son égal, voire réaliserait son expulsion totale. L'Homme deviendrait ainsi un simple spectateur des vérités sorties de l'ordinateur. Ce phénomène est évidemment largement lié à la capacité de traitement de l'ordinateur. Celui-ci est capable de trier, de discriminer, d'étiqueter avec une grande précision. Dans ces conditions comment l'individu « décideur » pourrait-il s'opposer à la décision de l'ordinateur ? Il y a là une tentation offerte à l'Homme de se décharger sur l'appareil, de ce qui lui est effort et peine. Puisque la calculatrice fait très bien les opérations pourquoi apprendre la table de multiplication ? Puisque toutes les connaissances du monde peuvent être enregistrées dans l'ordinateur pourquoi mémoriser les dates de l'histoire, les lieux... ? Mais à reprendre un auteur¹⁸⁸⁰, « Ce que l'on ne mesure pas, c'est que de même qu'en ne marchant pas, on atrophie ses muscles... de même les potentialités du cerveau s'atrophient et disparaissent si on ne l'exerce pas, rien de plus qu'une gymnastique, mais sans laquelle la part de l'homme, qui le fait être,

¹⁸⁷⁸ Rappelons que l'article 2 est directement inspiré par le projet G.A.M.I.N. qui visait précisément à établir des profils sociaux qui devaient servir de base à l'action de l'administration. La négation même de l'individu qu'il engendrait avait abouti à sa disparition.

¹⁸⁷⁹ Jürgen HABERMAS, « La technique et la science comme idéologie », Gallimard, 1975.

¹⁸⁸⁰ Jacques ELLUL, in ouvrage André VITALIS, précité, page 9.

disparaît. Et si vous n'avez ni logique, ni mémoire, ni capacité de synthèse, ni instrument d'analyse, et bien restez au niveau de l'idiot du village, qui certes peut apprendre à tourner les boutons de la télévision ou appuyer sur les touches de la calculette, et de toute façon ça ne signifie rien ». Là réside le danger où l'homme rêve : « si l'ordinateur pouvait prendre la décision à ma place ». Mais, ce qui autrefois pouvait passer pour un rêve est devenu aujourd'hui réalité à l'instar des techniques de crédit-scoring et plus sûrement encore des systèmes experts. Le « décideur » semble avoir abdiqué face à l'ordinateur.

971. Une attitude dangereuse, car en faisant de l'ordinateur une entité autonome, indépendante de toute intervention humaine, le décideur s'exonère du sens critique face aux résultats rejetés par la machine, il s'affranchit d'une certaine prudence dans l'interprétation des faits qui peuvent amener à des interprétations abusives, et par prolongement à des décisions inadaptées. Pourtant nous savons que la prudence est dans l'acte de distribution du crédit un concept fondamental. Or, ce phénomène de capitulation, de déresponsabilisation des distributeurs de crédit face à la machine risque fort de générer une nouvelle source de responsabilité. En effet, en se fiant aveuglément aux résultats probables et imposés par l'ordinateur, ne risque-t-il pas de reconnaître ici un manquement à son devoir de prudence ? Cependant, un strict respect de l'article 2 devrait¹⁸⁸¹ éviter d'aboutir à un tel résultat. Reste à savoir quelle portée donner à cette dernière disposition lorsqu'on l'applique aux techniques bancaires que nous avons jusque-là développées.

B Le principe d'humanité confronté à la distribution du crédit.

972. Plan. S'il est une liberté que personne ne conteste aujourd'hui, pas même la CNIL, c'est celle qu'ont les établissements de crédit de sélectionner les personnes avec qui ils entendent faire crédit (1°). Cependant, cette liberté n'est pas totale lorsque les droits de la personnalité des individus peuvent être mis en cause par un usage abusif des techniques de scores ou des systèmes experts. Cette liberté de sélection est donc primée par un principe supérieur : la protection de l'être humain, qui justifie à lui seul certaines entorses à la capacité d'agir du banquier (2°).

1° Principe de liberté de la sélection.

973. Principe de liberté de la sélection des établissements bancaires. En matière bancaire, le certain est qu'il n'est nul part fait interdiction aux établissements de crédit d'opérer des sélections de clientèles. La CNIL a clairement affirmé cette position dans une délibération du 6 avril 1993 concernant la technique de segmentation comportementale¹⁸⁸². En effet, celle-ci reconnaît la légitimité du traitement en précisant qu'il ne saurait être fait grief à une entreprise de chercher à caractériser sa clientèle et de procéder à des tris en fonction de variables pertinentes pour orienter sa stratégie et son action commerciale¹⁸⁸³. Or, même si la CNIL n'a pas renouvelé la formule dans sa délibération concernant les techniques de scores¹⁸⁸⁴, il ne fait aucun doute que sa position soit identique quant à

¹⁸⁸¹ Nous employons volontairement le conditionnel car nous verrons plus loin que la protection instaurée par article 2 apparaît, en pratique, bien illusoire face aux difficultés de preuve que rencontreront les hypothétiques plaignants.

¹⁸⁸² Voir sur cette technique *supra* n° 202.

la licéité de ces traitements. Il suffit pour s'en convaincre de faire référence à son 6^e rapport d'activité ¹⁸⁸⁵. Selon la commission, « si la distribution optimum des crédits correspond naturellement à leur vocation commerciale, le contentieux constitue pour eux un incident anormal et contre lequel ils s'efforcent de se prémunir... (ainsi) les établissements de crédit spécialisés veulent former leur opinion sur la solvabilité de leurs futurs débiteurs à partir d'éléments d'information aussi nombreux que possible et dont la pertinence et l'adéquation à leurs préoccupations varient dans le temps, en fonction de l'évolution de la technologie, des mœurs et des conditions économiques et sociales ». Sur ce constat, elle reconnaît par les termes, « sans vouloir entraver le développement d'un secteur important de l'économie nationale », la légitimité des sélections, notamment par les scores, des futurs emprunteurs, même si elle formule par la suite les réserves à y apporter ¹⁸⁸⁶. L'élaboration de la norme simplifiée n° 13 réglementant, entre autres, la technique du score, n'interdit d'ailleurs pas son utilisation. Il faut donc considérer que l'établissement de profils sur la base de traitements informatique est parfaitement valable.

974. Fondement à cette liberté : la liberté d'entreprendre. Cette possibilité offerte aux établissements de crédit d'apprécier la personnalité des demandeurs de crédit, à partir d'informations nominatives traitées par ordinateur, consacre par-là même un droit de se renseigner, de savoir pour les institutions financières fortement corrélées, nous semble-t-il, avec le principe de la liberté d'entreprendre. Sur la base de ce dernier, le traitement des données nominatives, non plus seulement quantitatives, mais également qualitatives, à l'instar des profils, apparaît comme légitime. Cependant, il ne faudrait pas non plus tomber d'un excès inverse et, au nom de la liberté d'entreprendre, porter atteinte aux droits de l'individu ¹⁸⁸⁷.

975. Objectif de l'article 2 : rétablir la personnalité. En exigeant l'intervention humaine, la loi de 1978 refuse de réduire la personne à son profil, parce que celle-ci est au-delà de toute formulation, de toute classification. C'est permettre à chaque demandeur de crédit confronté à une décision automatique, de faire reconnaître son unicité et sa spécificité ¹⁸⁸⁸. Les profils de comportement, les résultats scores ou systèmes experts donnent une vision de la personne, mais sur laquelle on ne peut et l'on ne doit s'arrêter. « Les caractéristiques riches et variées d'une personne, souvent impossible à quantifier

¹⁸⁸³ Sur cette position voir, Ariane MOLE, « Segmentation de clientèle et datawarehouse : les limites fixées par la CNIL », précité, page 24.

¹⁸⁸⁴ Notamment, voir norme simplifiée n° 13 précitée.

¹⁸⁸⁵ Rapport d'activité de la CNIL pour l'année 1985, documentation française, pages 80 - 81.

¹⁸⁸⁶ *Ibidem*, page 81 et suivantes ; dans le même sens, ouvrage CNIL, « vingt délibérations commentées », précité, page 71.

¹⁸⁸⁷ Sur ces droits, voir nos développements *supra* n° 141 et suivants.

¹⁸⁸⁸ En somme, l'article 2 c'est l'expression du droit « d'être reconnu dans ma singularité, de ne pas être noyé dans un tout indifférencié, de ne pas être tenu pour un numéro dépourvu d'attributs identifiables et de fins qui me soient propres », I. BERLIN, « Eloge de la liberté », Presses Pochet, Calman-Lévy, traduction J. Carnaud et J. Lohana, collection Agora, 1990, page 203.

tant la subjectivité est grande, ne doivent pas être réduites à un portrait robot établi par une machine électronique »¹⁸⁸⁹. C'est dire que lorsqu'il s'agit d'apprécier la dignité de crédit d'une personne, la décision ne peut revenir à la seule machine, l'intervention humaine est nécessaire, il en va du respect de la dignité humaine¹⁸⁹⁰. Permettre le contraire serait réduire l'individu, sa personnalité, en une anthologie. Le texte de l'article 2 permet donc d'éviter à la personne de sombrer dans une réduction techniciste qui irait à l'encontre du respect de cette dignité. La présence de cette disposition est donc heureuse de ce point de vue. Et cette dernière, comme l'on pouvait s'en douter, a reçu une acuité particulière dans la mise en oeuvre du crédit-scoring et des systèmes experts.

2° Le principe d'humanité appliqué à la technique des scores et aux systèmes experts.

976. Limite à la liberté de sélectionner : le respect des droits de l'individu. C'est bien l'objectif des dispositions telles que celles de l'article 2 que d'éviter les dérives en matière de traitement informatique. Comme il est spécifié au rapport d'activité de la CNIL pour 1998, « Les profils... ne mettent peut-être pas en péril la liberté individuelle ; ils l'ignorent »¹⁸⁹¹. L'entreprise, par l'établissement de ces profils, ignore l'individu en le ramenant à la notion abstraite de client, d'emprunteur. Plus précisément, elle considère l'individu de son seul point de vue, en fonction d'une logique économique ; elle s'approprie la personne pour la mettre au service de son intérêt immédiat. Elle fait de l'individu « une marchandise, une entité dépersonnalisée ou typée »¹⁸⁹². Avec les techniques de *scoring*, c'est quelque part la négation de l'individu en tant qu'être doué de qualités, qui s'instaure. Or, cette négation de l'individu en tant qu'être unique et spécifique, porte directement atteinte au concept de dignité et d'identité humaine. Ainsi s'interrogeait Pascal en son temps : « aimerait-on la substance de l'âme d'une personne abstraitement, et quelques qualités qui y fassent ? Cela ne se peut et serait injuste. On aime donc jamais personne, mais seulement des qualités »¹⁸⁹³. Dès lors, ne voir d'une personne que son profil serait en quelque sorte n'en percevoir qu'une partie, à l'instar de la face visible de l'iceberg.

a./ Le crédit-scoring

977. Plan. S'il est clair selon la CNIL que le principe d'humanité des décisions doit pleinement s'appliquer à l'activité de distribution du crédit (a-1), il n'en demeure pas moins

¹⁸⁸⁹ Jean FRAYSSINET, « La loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés : présentation pédagogique et synthétique », Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, 1987 - 1, page 223.

¹⁸⁹⁰ En ce sens, Laurent RICHET, « L'application de la loi informatique et libertés aux relations entre les banques et leur clientèle », Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1990/2, page 98.

¹⁸⁹¹ Rapport CNIL précité, page 115.

¹⁸⁹² Jean FRAYSSINET, « L'entreprise et la loi informatique, fichiers et libertés », Cahiers de Droit de l'Entreprise, 1988, n° 11, 17 mars 1988, page 31.

¹⁸⁹³ Pascal, Pensées, n° 323, in Oeuvres, XIII, Hachette, 1925, page 241 - 42, section V.

que c'est là une règle particulièrement délicate à appliquer (a-2).

a-1 Position de principe de la CNIL.

978. Nécessité de l'intervention humaine. En effet, par ses délibérations, la CNIL a rappelé plusieurs fois la nécessité pour les établissements de crédit de respecter le principe d'humanité des décisions. Déjà, par délibération du 30 avril 1985¹⁸⁹⁴, la commission avait rappelé que : « Les dispositions de l'article 2 de la loi doivent être respectées, le score ne devant être, en aucun cas, le seul fondement de la décision d'octroi ou de refus de crédit ». Mais devant l'utilisation de plus en plus généralisée de la technique par les établissements de crédit, la CNIL est intervenue de nouveau par une délibération du 5 juillet 1988. Celle-ci, partant du constat que, « Les établissements de crédit utilisent fréquemment la technique du score lors de l'examen des demandes de prêts », rappelle, d'une part, que « conformément à l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978, aucune décision accordant ou refusant un crédit ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil de la personnalité de l'intéressé ». D'autre part, que l'appréciation du risque ne répondant pas aux conditions de l'article 17 de la loi, elle ne peut donc faire l'objet de formalités préalables simplifiées par référence à la norme n° 13 et doit donc donner lieu à une déclaration ordinaire. Cette dernière mise au point faite par la CNIL, si elle peut apparaître *a priori* anodine, n'en reste pas moins révélatrice de la dangerosité des techniques de crédit-scoring pour les droits et libertés de l'individu.

979. Reconnaissance implicite de la dangerosité des scores. Il est vrai que la norme simplifiée n° 13 exclut de son champ d'application le calcul des scores. Il est clairement établi à l'article 2 de cette norme que : « Le traitement ne doit pas avoir d'autres fonctions que : la constitution et l'étude de mise en place du dossier de crédit ou de prêts à l'exclusion du calcul automatisé de l'appréciation du risque ». Cette exclusion est révélatrice car, n'oublions pas que d'après l'article 17 de la loi de 1978¹⁸⁹⁵, « pour les catégories les plus courantes de traitement... qui ne comporte manifestement pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés, la commission... établit et publie des demandes simplifiées... ». Il doit donc être considéré que la technique du crédit-scoring comporte des atteintes à la vie privée et aux libertés qui justifient un encadrement plus strict. L'atteinte, nous la connaissons, c'est celle qui frappe l'identité humaine, la dignité humaine. De ce point de vue, il n'est dès lors pas étonnant de voir certaines législations étrangères ranger les profils de personnalités parmi les catégories des données sensibles. Ainsi, à se référer au rapport explicatif de la loi suisse sur la protection des données personnelles, sont des données sensibles les informations concernant le profil de la personnalité¹⁸⁹⁶. A suivre la philosophie de cette loi, « Les données trop détaillées ou perfectionnistes doivent être proscrites, tels les profils des personnalités qui constituent une sorte d'autopsie de l'être

¹⁸⁹⁴ Délibération 85 - 15, 6e rapport CNIL, pages 83 et suivantes, pages 298 - 299..

¹⁸⁹⁵ Sur les formalités de déclaration, voir *supra* n° 139.

¹⁸⁹⁶ Voir Pierre ENGEL, « La protection des données personnelles : état de la législation et tendances de la jurisprudence en Suisse », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3/1987, pages 633 et 640.

moral ». Et même si la loi de 1978 ne mentionne pas, parmi les données sensibles ¹⁸⁹⁷, les profils de comportement, la doctrine développée par la CNIL au travers ses recommandations laisse à penser que l'élaboration de profils soit à mettre au rang des questions sensibles. Dans cette optique, l'article 2 doit permettre de protéger l'homme dans toutes les manifestations essentielles de sa liberté, conformes à sa personnalité. Il doit permettre « d'affermir et de renforcer la personne humaine dans son autonomie, dans son individualité et dans sa dignité » ¹⁸⁹⁸. Mais, cela sans pour autant priver les agents économiques du droit de se renseigner sur la personne.

980. La recherche d'un équilibre : sanction des abus manifestes. Concrètement, il ne doit donc pas être empêché à un établissement de crédit de mettre en oeuvre des moyens informatiques aptes à isoler les clients à risques. La connaissance du risque des demandeurs de crédit au travers la technique du crédit-scoring ne doit donc pas être condamnée *a priori*. Le banquier, qui opère dans un domaine réputé dangereux : l'argent, doit pouvoir conserver un minimum de liberté dans l'appréciation du risque. Il s'ensuit que la protection légale de la personnalité et de la liberté de la personne concernée peut seulement être dirigée contre les atteintes, contre les abus et contre les excès manifestes. C'est là une mesure d'équilibre mais qu'il sera difficile d'établir en pratique.

a-2 De la difficulté à mesurer le degré d'intervention humaine

981. Problématique. Cette difficulté résulte de l'imprécision des termes employés dans l'article 2. En effet, il nous est simplement dit, sous forme de principe général, qu'« aucune décision impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement informatisé... ». Mais, dans la pratique quotidienne des établissements de crédit, quelle peut être la signification de cette interdiction ? Autrement dit, quel facteur devra permettre la validation de l'utilisation de l'outil informatique ? A cette question nous serions tentés de répondre un peu naïvement, l'intervention humaine. Certes, mais alors quelle forme devra emprunter cette intervention ? Doit-il s'agir d'une simple validation en appuyant sur un bouton ? Ou alors doit-il y avoir une seconde appréciation de la situation de l'emprunteur par intervention humaine ? Sur ce point nous devons reconnaître que la loi n'apporte aucune précision.

a-2-1 Les conceptions à rejeter

a-2-1-1 La position de la CNIL

982. La nécessité d'une analyse parallèle. La doctrine de la CNIL reste relativement laconique sur ce sujet. Néanmoins, il semble possible de trouver la position de la CNIL dans les propos tenus lors de l'élaboration de la délibération du 30 avril 1985 ¹⁸⁹⁹. En effet, il peut être lu dans son rapport d'activité pour 1985 : « A notre connaissance, le refus au vu du score ne fait pas systématiquement l'objet d'un examen

¹⁸⁹⁷ Voir sur ce point *supra* n° 145.

¹⁸⁹⁸ Pierre ENGEL, précité, page 636.

¹⁸⁹⁹ Voir 6e rapport d'activité de la CNIL, page 298 ; voir aussi 5e rapport, page 82 ; sur cette position voir aussi Sophie GJIDARA, « L'endettement et le droit privé », précité, n° 309, page 256.

parallèle non automatisé ». Si nous interprétons les termes de l'article 2 à la lumière de cette position, il faut alors admettre qu'à côté de l'analyse par les scores, doit exister et être mis en oeuvre une procédure parallèle non automatisée, c'est-à-dire une analyse humaine.

983. Une conception contraire à l'esprit du texte. Or, une telle conception, si elle devait être retenue, serait beaucoup trop contraignante pour être respectée. D'ailleurs, la lecture rigoureuse de l'article 2 ne semble pas imposer ce qui pourrait être qualifié de double niveau d'analyse. Ce que requiert l'article 2 c'est une intervention humaine mais, semble-t-il, pas la mise en oeuvre systématique d'une autre procédure (« examen parallèle ») d'évaluation de la situation de chaque emprunteur. Si tel avait été le souhait du législateur, celui-ci aurait précisé qu'à côté de l'analyse faite par l'ordinateur devra obligatoirement être mis en oeuvre un examen mené par l'intervention humaine. Mais alors, il faut reconnaître que dans un tel système, l'effet de redondance serait quasi systématique. A terme, ceci ne pourrait qu'aboutir à l'exclusion de l'analyse établie par l'ordinateur.

984. Une conception inadaptée à la distribution du crédit. En effet, nous voyons assez mal en pratique les établissements de crédit développer de tels systèmes d'analyse dans l'unique but de confirmer l'analyse des données par l'agent de crédit. Cette idée est irréaliste. D'ailleurs n'avons-nous pas vu dans notre première partie que les techniques de crédit-scoring avaient pour principaux avantages les gains en productivité et en organisation ?¹⁹⁰⁰ Ces derniers facteurs étant largement liés à la capacité prédictive de la méthode score, dont nous avons vu son degré de pertinence¹⁹⁰¹, il serait naïf de croire qu'elle n'occupe pas une place de premier plan dans l'étude des dossiers. Nous devons donc nous accorder sur le fait qu'intervention humaine ne peut signifier étude parallèle, complète et systématique.

985. Négation de l'intérêt de la technique score. En effet, privilégier le double examen c'est quelque part nier l'intérêt de la méthode des scores qui vise précisément à évaluer un risque à partir d'informations fournies par le demandeur comme aurait pu le faire l'agent à partir de ces mêmes informations. De ce point de vue l'une des deux procédures perdrait alors de son utilité¹⁹⁰² face à un phénomène que nous avons décrit de redondant.

986. Ignorance de la réalité économique. Cette position semble également ignorer la réalité pratique. En effet, nul besoin ici de rappeler que le développement de la méthode du crédit-scoring est largement concomitant à la distribution des crédits à la consommation (notamment la vente à tempérament). Traitant d'une masse considérable de dossier dans des délais relativement courts, et selon un mode d'organisation spécifique, la prescription, les établissements spécialisés dans ce type de relation n'ont

¹⁹⁰⁰ Voir *supra* n° 374 et suivants.

¹⁹⁰¹ Voir *supra* n° 374.

¹⁹⁰² Mais, cet obstacle n'est pas en soi insurmontable, il suffirait alors d'admettre que le score viserait uniquement à confirmer, conforter ou infirmer l'analyse individuelle faite par ailleurs.

guère intérêt, ni même le choix, de procéder à l'examen individuel de chaque demande. Une telle procédure serait d'ailleurs beaucoup trop lourde en termes de coût et d'organisation, et donc en totale dissonance avec ce mode de distribution. C'est pourquoi, en pratique, l'étude systématique et individualisée de chaque dossier rejeté est impossible. La vision du Conseil d'Etat est-elle plus satisfaisante ?

a-2-1-2 La vision du Conseil d'Etat : une conception idyllique.

987. Décision. Dans cette quête deux éléments nous semblent importants. D'une part, dans l'un de ses considérants le Conseil d'Etat précise clairement que : « le traitement automatisé d'informations nominatives en cause (le crédit-scoring) est destiné à aider à la prise des décisions d'octroi ou de refus d'un prêt ». D'autre part, « que la référence à la nationalité comme l'un des éléments de pur fait d'un calcul automatisé du risque, dont la mise en oeuvre n'entraîne pas le rejet d'une demande sans l'examen individuel de celle-ci, ne constitue pas une discrimination... ». Au regard de ces deux considérants, il semble qu'il faille considérer la méthode des scores uniquement comme un système d'aide à la décision, et non pas comme un procédé de décision. Enfin, il considère qu'il faut « Admettre la nécessité d'un examen individuel de la demande en cas de rejet de celui-ci par le *scoring*. »

988. Cas de rejet de la demande et examen individuel. Ce dernier point est important car il vient préciser les modalités de l'intervention humaine. En effet, en cas de rejet par le traitement informatique ¹⁹⁰³, l'agent chargé de l'étude du dossier devra procéder à l'examen individuel de la demande. Ainsi, de la même façon que l'intervention humaine supprime la discrimination, elle ôtera également la décision finale à l'ordinateur, et par voie de conséquence l'atteinte au principe édicté à l'article 2. En somme, le résultat du score est considéré comme un élément du dossier favorisant l'octroi ou le rejet de la demande, mais non comme l'élément unique de la décision. Dans ces conditions, c'est-à-dire une fois la technique des scores comprise comme un système d'aide, l'intervention humaine apparaît évidente. Dès lors, tout contentieux sous le visa de l'article 2 paraît banni. Mais, il faut reconnaître que la vision retenue par le Conseil d'Etat demeure très théorique, voire idyllique. Il est vrai que cette position ne sera pas sans déplaire aux établissements de crédit qui ont toujours soutenu que le *scoring* n'était qu'un système d'aide à la décision.

a-2-1-3 La position des professionnels

989. Les scores : un système d'aide à la décision. Les milieux professionnels du crédit se défendent d'une telle utilisation de la méthode des scores. A reprendre certaines formules de professionnels du crédit, « le score est un outil d'aide à la décision et ne doit pas être à lui seul la décision » ¹⁹⁰⁴. Ou encore « il convient de considérer ces logiciels pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire des aides et non des solutions et ne rendent pas inutile, au contraire, l'analyse humaine » ¹⁹⁰⁵. Selon ces mêmes professionnels « il n'est au surplus même pas souhaitable, si l'on veut conserver la pertinence de la méthode, de laisser la

¹⁹⁰³ Les contestations porteront sur les cas de rejet, il peut donc être admis que le principe de l'article 2 trouve son champ d'application limité aux cas de rejet.

¹⁹⁰⁵ Fabrice MOLY, « Comment évaluer le risque client ? », Revue Banque, n° 523, 01/92, page 47.

machine fonctionner seule. En effet, il est bon de laisser une part au jugement humain, à condition que les refus ou les accords contre l'avis du score soient motivés et en nombre limité... Eliminer complètement une population conduirait à ne plus disposer sur elle d'aucune statistique, et à ne plus pouvoir en extraire la partie acceptable dans les futures versions des scores »¹⁹⁰⁶. Cependant, il serait imprudent dans notre raisonnement de se fier aveuglément à cette seule source et ce, d'autant plus que ces différentes positions ne répondent pas à la question visant à savoir quel devra être le degré d'intervention humaine souhaitable.

a-2-2 La conception à retenir.

990. Problématique. Face à ces différentes conceptions des techniques des scores il paraît nécessaire de rechercher un compromis (a-2-2-1). Cependant, celui-ci ne sera pas facile à établir si l'on veut bien se remémorer les caractéristiques propres du *scoring* (a-2-2-2).

a-2-2-1 Principe : la possibilité d'une analyse humaine.

991. L'exemple de la segmentation comportementale. Pour répondre de façon à peu près certaine à la question, il semble possible de se référer à ce qui a déjà été dit à propos des traitements de segmentation comportementale. D'après la CNIL¹⁹⁰⁷, « Considérant que cette segmentation est à l'origine de profils et doit être pratiquée dans le respect de l'article 2 alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978... Que, dans ces conditions, la définition ou la description des segments ne doit pas être formulée de telle façon qu'il en résulterait des décisions inéluctables à l'égard des personnes concernées et des instructions tendant à l'exclusion systématique de tous les membres d'un même segment ». Il faut donc considérer que du classement opéré par l'ordinateur, il ne doit pas résulter une décision indiscutable.

992. La possibilité d'intervention humaine. Concrètement, cela signifie qu'il doit exister une voie permettant de sortir de ce qui serait un carcan. Ouverture devant se

¹⁹⁰⁴ Bernard MICHEL, « Les vertus du score », Banque Stratégie, n° 154, novembre 1998, page 23. Dans le même sens, Xavier de BENOIST, « Nous utilisons des scores... mais en dernier ressort on retrouve toujours la décision de l'homme », Revue Banque, n° 576, 12/96, page 21 ; Marie-Christine CAFFET, « Les méthodes de *scoring* loin d'être des substituts décisionnels, sont... un outil souple pour fixer les bornes de la prise de risque, qui reste fondamentalement du ressort de l'exploitant », Revue Banque, n°567, 02/1996, page 26 ; Banque SOFINCO, « Les techniques modernes d'aide à la décision... viennent appuyer l'expérience des gestionnaires sans jamais s'y substituer. Le crédit demeure une affaire de confiance mutuelle, qui a su se défaire de l'arbitraire. Et il est toujours possible de discuter, de négocier tel ou tel cas particulier », in site SOFINCO, <http://banque.sofinco.fr/guide/gcd1.htm> ; Philippe JAOUÏ, « De l'alternative oui/non à la stratégie du client », Revue Banque, n° 597, 11/98, page 54.

¹⁹⁰⁶ Bernard MICHEL, précité, page 23. Dans le même sens, *ibidem*, « Il faut éviter que les utilisateurs cèdent à la tentation de la facilité, fassent trop confiance à la machine et entérinent systématiquement ses recommandations sans aucun esprit critique. Cela reviendrait à une forte dégradation sinon à la perte du savoir humain ; comment dans ces conditions optimiser le fonctionnement des Siad ? ».

¹⁹⁰⁷ Délibération n° 93 - 032 du 6 avril 1993 relatif au contrôle effectué le 2 octobre 1992 à la caisse régionale du crédit agricole de la Dordogne, in 14e rapport CNIL, page 2. Voir sur cette question, Ariane MOLE article précité, page 24 et suivantes ; U FC - Que choisir, « votre banque vous fiche ! », n° 326, avril 1996, page 14.

matérialiser par l'intervention humaine. Ce qui exclut le caractère systématique de la décision en référence au résultat posé par ordinateur. Dans un tel schéma, la décision appartient alors à l'homme et non pas à la machine. Certes, celle-ci opère un classement, attribue une caractéristique à l'individu, mais en aucun cas ce tri ne s'impose à l'agent. La matière du crédit-scoring restant assez proche de ce type de traitement, il n'est pas impossible de procéder par analogie et de transposer les décisions de la CNIL. Ainsi, un résultat négatif ne devrait pas lier de façon systématique l'agent qui, dans l'hypothèse inverse, deviendrait un simple exécutant et non pas le décideur. Or, afin d'éviter de tels travers, il est primordial de laisser la liberté à l'agent de prendre en considération le résultat, mais sans que ce dernier s'impose à lui. *A contrario*, le principe de la supériorité de la machine sur l'homme serait ici consacré, et l'atteinte à l'article 2 prononcée. Nous devons cependant concéder que la frontière entre décision mécanique et décision humaine est subtile, et que le degré d'intervention humaine reste difficile à établir.

a-2-2-2 Les limites d'une telle solution.

993. Problématique. Ces limites relèvent essentiellement des attributs attachés aux techniques de *scoring* et qui font que celles-ci favorisent l'automatisation de la décision, et donc l'exclusion de l'analyse humaine (a-2-2-2-1). Cela est d'ailleurs confirmé par les constats fait par la Cnil notamment lors de ses missions de contrôle (a-2-2-2-2)

a-2-2-2-1 L'expérience de la CNIL quant à la place des scores dans la décision.

994. Pratique des scores et position de la CNIL. Ainsi est-il possible de lire dans son rapport d'activité pour 1984,¹⁹⁰⁸ « En fait les missions d'investigation ont révélé, et les représentants des organisations commerciales ne l'ont pas démenti, que les progrès technologiques, et notamment le traitement en temps réel, permettent de prendre des décisions au seul vu du score de l'intéressé ». Propos réitérés dans son rapport suivant¹⁹⁰⁹ selon lequel « Les missions d'investigation lui (Commission) ont révélé que les progrès technologiques... conduisaient à prendre des décisions sur un individu demandant un prêt, au seul vu de son score »¹⁹¹⁰. Nous pouvons même affirmer que c'est exactement l'inverse qui se produit. Les demandes rejetées de façon nette et sans équivoque¹⁹¹¹, ne font pas l'objet d'un examen parallèle non informatisé. C'est d'ailleurs pour ces types de demandes¹⁹¹² que l'intérêt du score (et sa pertinence) apparaît comme grandissant. Dans ces hypothèses bien précises, l'ordinateur n'est plus un système d'aide, à l'inverse de ce que considère le Conseil d'Etat, mais un système de décision. Et,

¹⁹⁰⁸ Cinquième rapport d'activité de la CNIL, page 32.

¹⁹⁰⁹ Sixième rapport d'activité de la CNIL page 82.

¹⁹¹⁰ Idée reprise également dans son 11e rapport d'activité, page 99 et suivantes où la CNIL constate, « que les établissements de crédit ne respectaient pas cette disposition (article 2) et utilisaient la méthode des profils pour apprécier la solvabilité de leurs clients et, au seul vu des scores, octroyaient ou non le crédit ». C'est nous qui ajoutons la parenthèse.

¹⁹¹¹ C'est-à-dire, celles pour lesquelles le système score attribue une note négative suffisamment éloignée du zéro.

¹⁹¹² Et celles correspondant aux notes largement positives.

à l'opposé de ce qu'a révélé la CNIL pour la segmentation comportementale, les résultats fortement négatifs¹⁹¹³ entraîneront des décisions inéluctables de rejet ou des instructions tendant à l'exclusion systématique envers tous les demandeurs affublés d'une telle notation. Cette conclusion est, mais devons-nous le rappeler, en parfaite harmonie avec la philosophie de la méthode des scores et qui est, notamment, de permettre une politique de distribution identique en tous points du réseau. L'initiative, dans les tranches extrêmes du score, n'est nullement laissée à l'agent qui doit suivre les instructions sous peine d'engager sa responsabilité¹⁹¹⁴. Au regard de cette divergence sur la réalité de la pratique des scores, il apparaît que la consécration de la technique du crédit-scoring, en tant que système d'aide, ne soit pas totalement acquise.

a-2-2-2-2 Les facteurs explicatifs.

995. Position du problème. Néanmoins, selon nous, ce décalage entre l'opinion des professionnels et celui de la CNIL s'explique aisément. Et cette explication est, semble-t-il, à rechercher du côté de la nature et de l'objet du crédit. En effet, à ce stade de l'analyse il est nécessaire d'opérer une triple distinction entre, d'une part, les crédits à la consommation (notamment liés à la vente à tempérament) et les autres crédits (immobiliers, personnels), d'autre part, les scores de comportement ou de pré-acceptation et les scores de décision, et enfin le mode de distribution, en prescription ou en agence.

996. Distinction selon la nature et l'objet du crédit. Nous avons déjà fait remarquer, lors de nos précédents développements, que l'efficacité des scores était fortement corrélée à l'objet à financer (bien de consommation ou bien immobilier) et partant à la nature du crédit (crédit immobilier, crédit personnel ou crédit à la consommation). En effet, nous avons signalé que la pertinence du score dépendait largement de la durée du crédit¹⁹¹⁵. Plus courte dans le cadre des prêts à la consommation, la méthode des scores n'en devenait que plus pertinente, les aléas de la vie ne jouant que faiblement dans l'issue du crédit. Plus longue dans le cadre des crédits immobiliers, la méthode des scores trouvait moins d'efficacité, la stabilité des situations étant beaucoup plus incertaine et la bonne sortie du crédit plus aléatoire.

997. Distinction selon le mode de distribution du crédit. Ce dernier élément joue un rôle centrale quant à la place tenue par les scores dans la décision. En effet, en sélection agence, pratiquée par les banques généralistes, l'approche du demandeur de crédit est totalement différente de celle pratiquée en sélection prescription. Alors que le premier mode de sélection privilégie la relation de confiance, et donc individualisée, le second favorise le traitement de masse détaché de toute personnalisation de la relation. En outre, dans la sélection en agence, les banques généralistes ont l'avantage (le plus souvent) d'être teneuses du compte des clients demandeurs, ce qui leur permet une analyse plus fine et complémentaire. A l'inverse, les sociétés spécialisées dans la vente à

¹⁹¹³ Ou positif, mais l'hypothèse n'a guère d'intérêt car aucune contestation jaillira d'une décision d'octroi liée à une telle note et sur cette seule base.

¹⁹¹⁴ En ce sens, voir *supra* n° 392.

¹⁹¹⁵ Voir *supra* n° 395.

tempérament, ne peuvent se fier qu'à l'étude menée par le système score¹⁹¹⁶. Il n'est dès lors pas étonnant que les banques généralistes abordent plus le système score comme des outils d'aide à la décision s'intégrant dans une relation multi-décisionnelle qui permet, certes, d'accélérer le processus d'analyse de la demande, mais où également d'autres informations plus individualisées peuvent intervenir. Dans ce cas, la banque peut décider que l'utilisation du système score ne doit pas conduire à des décisions automatiques. Ainsi, le score obtenu sur dossier ne constitue qu'un simple indicateur synthétisant les caractéristiques du risque. Le décideur peut être alerté que le dossier examiné correspond à un risque aggravé, moyen ou bon, mais il reste maître de son choix. Cette approche permet ainsi au décideur d'intégrer dans son analyse d'autres facteurs de risque, relation antérieure, notoriété, état du compte, par exemple. Dans ce mode de distribution le banquier s'appuie davantage sur une démarche qui s'apparentent plutôt au pari qu'au calcul de probabilité. Il sait qu'il s'engage personnellement dans une longue relation. C'est pourquoi il privilégie la relation de confiance ; la facilité de dialogue et de compréhension mutuelle apparaît alors comme un critère important au moment de la décision finale, laissant ainsi au score beaucoup moins de place. Les sociétés spécialisées qui, elles, destinent leurs services à une clientèle de masse, n'ont d'autre choix que d'accorder une certaine automaticité au résultat du score¹⁹¹⁷. En matière de distribution de masse du crédit, cette vision de la relation n'existe pas ou quasiment pas. Bien au contraire, il s'agit pour le décideur prescripteur d'aller vite, et ce dans le cadre des standards fixés par la direction. L'utilisation du score a ainsi permis d'œuvrer dans ce sens en uniformisant l'acceptation et en favorisant la standardisation de l'activité d'octroi de prêts par une automaticité de l'acceptation la plus poussée possible. En conclusion, dans ce dernier mode de distribution, la note finale obtenue par rapport à des seuils de décision, conditionnera de façon quasi automatique le refus ou l'acceptation¹⁹¹⁸. La distribution en masse du crédit a donc fait passer insensiblement le *scoring* du rang de système d'aide à la décision à celui de décideur unique¹⁹¹⁹.

998. Conclusion : une automatisation des décisions inéluctables. Comment dans

¹⁹¹⁶ Outre la consultation du FICP.

¹⁹¹⁷ En ce sens, voir Michel GAUDIN, « Le crédit aux particuliers », précité, pages 178-179.

¹⁹¹⁸ En ce sens, voir Med NAKHLA et Jean-Claude SARDAS, « De la sélection des clients à l'organisation des activités bancaires », Banque Stratégie, n° 106, juin 1994, page 13. On doit cependant modérer le propos par la prise en compte d'intérêts commerciaux évident. Dans ce mode de distribution du crédit, l'essentiel de l'activité passe par des intermédiaires apporteurs d'affaires (grandes enseignes notamment) qui fait que la décision d'acceptation ou de refus d'un dossier est rarement isolée et doit s'envisager dans le cadre de la relation entre l'établissement de crédit et l'apporteur d'affaires. En pratique, c'est donc plus souvent un lot de dossiers qu'il convient d'accepter ou de refuser et non pas des dossiers étudiés individuellement et isolément. Le seul résultat du score sur chaque dossier ne peut donc servir d'unique fondement à la décision. « A travers l'étude de chaque dossier, c'est l'intérêt global de l'apporteur qui doit être évalué », Med NAKHLA et Jean-Claude SARDAS, précité, page 14. Dans ce schéma le demandeur refusé n'aurait-il pas intérêt à contester la décision prise à partir du résultat et totalement étrangère à sa situation ?

¹⁹¹⁹ Risque que certains auteurs avaient déjà perçu. Voir en ce sens Ariane MOLE, « La loi informatique et libertés et les techniques de sélection de la clientèle par les organismes de crédit », Les Petites Affiches, n° 111, 15 septembre 1986, page 122.

ces conditions apporter une réponse satisfaisante aux principes édictés par l'article 2 de la loi de 1978 ? Il semble donc qu'il faille se résigner à accepter une automaticité des décisions pour les crédits à la consommation de courte durée et distribués en mode prescription. Pourtant, en accord avec l'ASF, la CNIL préconise que dans l'hypothèse où il n'y a pas d'acceptation immédiate, la réponse portant octroi du crédit soit différée jusqu'à ce qu'il ait été procédé à une étude approfondie des renseignements et des pièces fournies par le demandeur de crédit. Dans le cas d'un score positif, une première réponse est émise sous forme d'un « accord de principe » affiché directement sur des terminaux, mais sous réserve d'un contrôle de vraisemblance et d'exactitude des renseignements par les services qui donneront la réponse définitive après examen du dossier¹⁹²⁰. Mais, comme nous venons de le démontrer, les nécessités pratiques de la distribution du crédit rendent bien illusoire l'application de cette « recommandation ». Cette réserve s'applique avec autant de force, si ce n'est plus, lorsqu'il s'agit non plus seulement de systèmes ayant pour fonction d'évaluer quantitativement (note) le risque, mais de systèmes qui ont pour but de reproduire le raisonnement humain.

b./ La place de l'intervention humaine et les systèmes experts.

999. Définition. En effet, nous avons déjà défini le système expert comme un « Ensemble de logiciels exploitant dans un domaine particulier des connaissances explicites et organisées pouvant se substituer à un expert humain »¹⁹²¹ certains auteurs¹⁹²² n'ont pas hésité à aller plus loin en substituant au participe présent (« pourrait ») le ton affirmatif suivant : « Le mode expert consiste à concevoir un ensemble de règles permettant de reproduire le raisonnement d'experts dans un domaine précis de la connaissance, dans le but de prendre une décision à leur place ». Or, nous avons également signalé¹⁹²³ que les établissements de crédit développaient en complément des systèmes de score ce type de traitement, multipliant par la même les risques de substitution de l'homme par la machine¹⁹²⁴. Les derniers mots de cet auteur « dans le but de prendre une décision à leur place », stigmatise parfaitement le danger que représente le développement de ces techniques.

¹⁹²⁰ Voir sur cette position, Sophie NERBONNE, « La technique du score sous surveillance », précité, *Revue Banque*, n° 595, novembre 1998, page 37 ; voir aussi, du même auteur, « Sélection, informatique et libertés », *Banque Stratégie*, n° 106, juin 1994, page 26.

¹⁹²¹ Définition issue de l'arrêté ministériel du 21 juin 1989, relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, précité, *supra* n° 409.

¹⁹²² Dominique MONERA, « Quels logiciels pour évaluer les risques », *Revue Banque*, n° 539, 1993, page 80 et suivantes. Pour une définition voir aussi, Dominique PECCOUD, « Intelligence artificielle et droit », *in* ouvrage, « Droit et informatique en Europe : l'hermine et la puce », page 49 et suivantes, selon lequel, « Un système expert est un système logiciel informatique particulier, qui est capable de donner, sur un sujet particulier, un conseil égal en qualité à celui qui pourrait être donné par un expert humain reconnu ». Pour une vision technique des systèmes experts, voir LAMY *Droit de L'informatique et des réseaux*, n° 476 et suivants, page 278 et suivants ; Patrick CANARELLI et Hector HERNANDEZ, « Système d'aide à la décision : les limites de l'information et le rôle des outils basés sur la connaissance », *in* « *The IPTS report* », <http://www.jre.es/iptsreport/vol10/french/Met1F106.htm>.

¹⁹²³ *Supra* n° 396 et suivants.

1000. Danger des systèmes experts au regard du principe d'humanité. En effet, le but de ces derniers étant de reproduire le raisonnement humain, l'organe décisionnel risque fort de ne plus être l'homme mais bien la machine. Une généralisation excessive de ces systèmes experts dans le domaine du crédit tendrait ainsi à repousser, *ad infinitum*, l'échéance décisionnelle des hommes soit par confiance démesurée¹⁹²⁵, soit par peur d'aller à l'encontre de l'ordre logique incarné par ces systèmes. Confiance, car à la différence de l'homme la machine a l'immense avantage d'être à l'abri des étourderies issues de la lassitude ou de la fatigue engendrée par la multiplication des études de dossiers. Confiance également, car ces systèmes experts sont censés concentrer un savoir rare, celui des gens reconnus comme éminents par une communauté humaine capable de les juger¹⁹²⁶. Dans ces conditions, la règle de l'article 2 peut-elle réellement trouver une efficacité ? Le système expert visant à remplacer l'homme, la logique voudrait que la décision rejetée par la machine s'impose comme aurait pu s'imposer celle de l'être humain. Là encore les caractéristiques propres attachées au système expert rendent l'intervention humaine illusoire et l'application de l'article 2 largement théorique. Et pourtant, il semble aujourd'hui qu'en pratique les systèmes experts en sont restés au rang de systèmes d'aide.

1001. Un danger non avéré. La raison doit être cherchée dans les limites de cette technique. En effet, les systèmes experts, si performants soient-ils, trouvent leur limite dans ce qui relève du hautement subjectif. L'exemple du « flair » du banquier est particulièrement criant à cet égard. Sa formalisation sous forme de règles logiques paraît très difficile et, de ce fait, il échappe au système expert. L'expert humain restera donc, en ce domaine, toujours expert par rapport au système informatique. « Là, ce sera vraiment aux utilisateurs de déterminer quand ils veulent prendre la décision du sens, et donc arrêter le processus analytique »¹⁹²⁷. A reprendre un auteur¹⁹²⁸, « l'ordre décisionnel, en tant que tel, est complètement l'autre de l'ordre logique, non contradictoire avec ces derniers mais irréductible à lui ». Le manque de pertinence actuel des systèmes experts fait qu'en pratique, et à la différence des systèmes score, ils ne sont que des systèmes d'aide et que l'intervention humaine est bien réelle. Nous pouvons donc affirmer qu'en ce domaine l'article 2, qui interdit la décision sous le seul fondement d'une machine, se trouve respecté.

¹⁹²⁴ Voir aussi Corinne VANDENBUSSCHE, précité, page 10 ; Jacques FAUVET, « Protection des données personnelles », Revue Internationale de Droit Comparé, 1987/3, page 555.

¹⁹²⁵ Idée parfaitement illustrée dans le 10e rapport d'activité de la CNIL selon lequel, « Le décideur humain peut en effet abdiquer ses responsabilités devant des machines mobilisant de prodigieuses puissances de calcul et le recours à des logiciels de plus en plus complexes et raffinés. Face à de tels outils, plus qu'à son propre jugement, il peut faire confiance aux résultats fournis par l'ordinateur en leur attribuant une importance décisive ».

¹⁹²⁶ Dominique PECCOUD précité, pages 57 et 58.

¹⁹²⁷ Dominique PECCOUD précité, page 64.

¹⁹²⁸ *Ibidem*.

1002. Limites théoriques. Cependant, il ne faut pas non plus se leurrer, si à l'heure actuelle l'utilisation des systèmes experts se révèle décevante, les améliorations futures qui pourraient y être apportées ne manqueront pas de poser à nouveau la question de la substitution de l'homme par la machine. Et la mise en oeuvre systématique et solidaire des techniques de scores et des systèmes experts repoussera, sans en douter, l'homme au rang de pur spectateur des décisions prises par l'outil informatique¹⁹²⁹. La pratique de ces systèmes nous démontre que le danger pour les libertés individuelles et pour le respect de l'identité humaine est réel, et même, dans le cas de la technique des scores consommé. Le banquier a semble-t-il abdiqué beaucoup de sa liberté de décision en laissant l'ordinateur décider à sa place, en même temps qu'il porte atteinte à la dignité des demandeurs de crédit. Or, pour restaurer cette liberté et cette dignité, les ressources de l'article 2 paraissent incontournables. Cependant, que peuvent valoir réellement ces dispositions dans le domaine du crédit ? En d'autres termes, à quoi sert-il d'exposer de beaux et nobles principes si les demandeurs de crédit ne peuvent établir ni l'utilisation de l'ordinateur, ni la part de l'intervention humaine dans le traitement de leur demande ? C'est ici la question de l'effectivité et de la portée de l'article 2 qui se pose.

II Effectivité et portée de l'article 2.

1003. Plan. Selon nous deux éléments paraissent importants pour assurer l'effectivité de la règle. D'une part, la capacité à établir la preuve de l'utilisation de la machine et du niveau d'intervention de l'homme dans le processus de décision (A), et, d'autre part, la sanction à apporter à la violation de l'article 2 (B).

A La dispense de la preuve.

1004. Problématique. En pratique, comment le demandeur de crédit dont le dossier est rejeté pourra-t-il démontrer que la décision résulte en partie ou totalement de l'utilisation d'un ordinateur ? Mais, avant même d'établir la part d'intervention humaine dans la décision (2°), il devra établir que l'outil informatique a été utilisé (1°). Ou, précisément, que la technique du crédit-scoring n'est pas étrangère à la décision de rejet.

1° La preuve de l'utilisation de l'ordinateur.

1005. Plan. Afin de savoir si l'établissement de crédit utilise ou a utilisé la méthode du crédit-scoring ou du système expert, le demandeur dispose de deux moyens.

1006. Publication des traitements. D'une part, il faut rappeler ici que la loi du 6 janvier 1978 prévoit la publication des traitements informatiques qui ont fait l'objet d'une déclaration. En effet, d'après l'article 22, « La commission met à la disposition du public la liste des traitements qui précise pour chacun d'eux [...] sa dénomination et sa finalité [...]. Sont tenus à la disposition du public... les décisions, avis ou recommandations de la commission dont la connaissance est utile à l'application ou à l'interprétation de la présente loi »¹⁹³⁰. Tout demandeur de crédit qui aurait vu sa demande rejetée par un établissement de crédit pourrait donc savoir si un traitement score existe dans l'institution,

¹⁹²⁹ *Supra* n° 215 ; voir aussi Georges FLECHEUX, « La décision judiciaire », in ouvrage précité, « Droit et informatique en Europe : l'hermine et la puce », page 199 et suivantes, spécialement page 207 et suivantes.

et connaître les recommandations ¹⁹³¹ de la CNIL sur ce point.

1007. Limite. Pour autant, savoir que l'établissement de crédit à procéder à une déclaration de traitement informatique, ne dit pas si ce dernier a été utilisé dans le cadre de l'étude du dossier du plaignant. En effet, jusque-là rien n'oblige le banquier à dire qu'il utilise un système score ou un système expert pour évaluer la dignité de crédit. Cette disposition est donc inapte, à elle seule, à fournir la preuve de l'utilisation du traitement dans tel ou tel cas particulier.

1008. Niveau européen : une information directe. Sur ce point, et d'autre part, une autre disposition, non encore en vigueur, devrait permettre d'établir le lien entre demande de crédit et système score. Celle-ci se retrouve inscrite dans le projet de loi de transposition de la directive européenne. Ainsi, en son article 32 - I il est signalé que, « La personne auprès de laquelle sont recueillies des données... est informée..., par le responsable du traitement ou son représentant : 2°) de la finalité poursuivie par le traitement auquel les données sont destinées... » ¹⁹³². Cette disposition devrait éclairer le plaignant quant à l'utilisation ou non d'un système score. En effet, théoriquement le responsable du traitement devrait indiquer, lors de la collecte des données auprès de la personne, que celles-ci sont destinées à apprécier, par le truchement d'un système score, son comportement futur en termes de remboursement de crédit. Partant, le lien entre la collecte des données et l'utilisation du score serait établie.

1009. Limite. Cependant, ne soyons pas crédule, l'incise : « par le truchement du système score », pourrait ne pas apparaître. En effet, *de lege lata*, l'établissement de crédit n'est pas obligé de dire que les informations seront traitées par un système score. Celui-ci pourrait alors se contenter de dire que la finalité de la collecte est d'évaluer les capacités ou le profil de remboursement des demandeurs. Concrètement, il suffira au banquier de taire le fait que les données seront traitées par un système score pour rendre la preuve de l'emploi des scores dans la prise de décision plus difficile. Car, ce qui est demandé au banquier c'est de ne pas prendre sa décision sur le seul fondement d'un traitement automatique. Mais, aucune disposition de la loi lui demande expressément de divulguer qu'il utilisera la méthode score. Néanmoins, l'esprit de la loi n'est-il pas d'indiquer que les données seront traitées par un système de crédit-scoring ? En effet, taire l'existence de la technique serait mettre en échec le dispositif instauré par l'article 2, ce que n'a sans doute pas voulu le législateur. La connaissance de l'utilisation du système de crédit-scoring paraît donc être le préalable nécessaire au droit reconnu par l'article 2 que l'établissement de crédit ne peut garder par-devers lui ¹⁹³³. D'ailleurs, nous

¹⁹³⁰ Disposition qui perdurera puisque le projet de loi de transposition de la directive 95/46/CE en date du 18 juillet 2001, prévoit la réitération de ce même article.

¹⁹³¹ Délibérations de 1985, 1988, 1998 précitées.

¹⁹³² Information sur la finalité qui n'existe pas, en tant que telle, à l'heure actuelle, dans la législation de 1978. Voir article 27.

¹⁹³³ Et, à regarder l'annexe 7 intitulée : « Finalités principales de l'application », on trouve à cocher la rubrique : « aide à la décision des acceptants (score) ». Or, la publication du traitement déclaré indique la finalité de ce dernier. Voir article 20 de la loi du 6 janvier 1978.

voyons mal en pratique un établissement de crédit déclaré la mise en oeuvre d'un traitement informatique type score et, au premier contentieux sur le rejet d'une demande de crédit, invoquer le fait qu'il n'a pas utilisé ce traitement.

1010. Travers limité par les pouvoirs de la CNIL. De plus, nous savons que la CNIL dispose d'un pouvoir d'investigation qui permettrait certainement de mettre à jour le lien entre la demande et le système score. En effet, selon l'article 21 de la loi de 1978, « Pour l'exercice de sa mission de contrôle, la commission... peut... charger plusieurs de ses membres... de procéder, à l'égard de tout traitement, à des vérifications sur place et se faire communiquer tous renseignements et documents utiles à sa mission... ». Cette disposition sera, semble-t-il, précisée et renforcée par la nouvelle loi, puisqu'il est prévu par le projet de loi que : « Les membres de la commission... peuvent demander communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission, quel qu'en soit le support, et en prendre copie ; ils peuvent recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utile ; ils peuvent accéder aux logiciels et aux données... »¹⁹³⁴. Il sera alors difficile au banquier de dissimuler à la CNIL l'utilisation du traitement score ou du système expert dans tel ou tel cas particulier. Y trouverait-il seulement un quelconque intérêt ? Car, ce n'est peut-être pas tant sur la question de l'utilisation du système score que l'article 2 pourrait être mis en échec, mais bien plutôt sur la preuve de l'intervention humaine. C'est bien dans ce domaine que l'intervention de la CNIL sera la plus intéressante et la plus utile.

2° Preuve de l'intervention humaine.

1011. Problématique. En effet, en la matière, comment apporter la preuve de l'intervention humaine (réelle) dans le processus de décision ? Et si intervention humaine il y a eu, quelle part aura-t-elle prise dans la décision finale ? Là se trouve le réel défi des plaignants et de la commission. Pour beaucoup¹⁹³⁵, ce problème apparaît comme majeur et favorable aux utilisations abusives des systèmes de scores ou experts. Il n'est pas à exclure que la portée pratique de l'article 2 vienne buter sur ce mur infranchissable que sera l'administration de la preuve de l'intervention humaine .

1012. Difficulté pratique à établir la preuve. Car, il sera facile pour un établissement de crédit de dire que la décision n'a pas été prise au seul vu du score et qu'une étude personnelle a eu lieu. Une simple signature de l'agent pourrait prouver que l'homme est intervenu dans la décision. Mais, à quelle hauteur ? Il paraît extrêmement difficile de le dire. L'agent aura-t-il seulement avalisé le résultat sorti de la machine ? Aura-t-il exécuté un contrôle de vraisemblance du résultat par référence aux pièces du dossier ? Aura-t-il procédé à un véritable examen parallèle ? Seuls les établissements de crédit auront connaissance du niveau réel d'intervention humaine. Concrètement, pour le demandeur de crédit malheureux, il s'agira alors de démontrer que l'homme n'est pas intervenu dans le processus de décision, que la décision a été prise au seul vu du score.

¹⁹³⁴ Article 44. III du projet de loi précité.

¹⁹³⁵ Voir Jean FRAYSSINET, « La loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés », précité, *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 1987-3, pages 223 - 224 ; du même auteur, « Informatique, fichiers et libertés », *Litec*, 1992, n° 178, page 75. Voir pour un cas d'application, *infra* n° 1132 et suivants.

1013. Charge de la preuve. Au demandeur alors d'apporter la preuve d'un fait négatif. La non-intervention humaine. C'est une preuve diabolique¹⁹³⁶ qu'il devra établir. Dans ces conditions, il n'est pas inimaginable que les juges qui auront à connaître de tels contentieux renversent la charge de la preuve contraignant ainsi les établissements de crédit à rapporter la preuve que la décision n'a pas été prise au seul vu du score¹⁹³⁷. A défaut, l'adage idem est non esse aut non probari¹⁹³⁸, trouverait ici une formidable illustration. « Bien souvent, les droits sont comme s'ils n'existaient pas, parce qu'ils ne peuvent être prouvés »¹⁹³⁹. En effet, que vaudrait le principe de l'article 2 s'il était impossible de prouver sa violation ? Le renversement de la charge de la preuve donnerait alors consistance à ce droit. En pratique, ce sera au banquier de prouver qu'il y a eu intervention humaine suffisante pour évincer l'interdiction de l'article 2. Mais, concrètement, quel(s) moyen(s) devra-t-il mettre en oeuvre pour établir ce fait ?

1014. Mode d'administration de la preuve. S'agissant d'un fait, elle pourra être administrée par tous moyens. L'établissement de crédit pourra ainsi démontrer l'intervention humaine en produisant un écrit portant signature du chargé d'étude, en établissant l'exécution d'autres diligences, telle la consultation du compte, s'il est teneur de comptes ou même la consultation du FICP... Restera bien évidemment l'obstacle du principe que « nul ne peut se constituer une preuve à lui-même »¹⁹⁴⁰. Il n'est donc pas évident que la production de ces écrits prouve irréfragablement l'intervention humaine dans la décision. Et ce d'autant plus que bien souvent les procédures étant de plus en plus informatisées ce sera un document informatique qui sera produit. Le problème de la preuve informatique se posera alors avec beaucoup d'acuité¹⁹⁴¹. Au final, il ne pourra jamais être établi, de façon certaine, qu'intervention humaine il y a eu. De même qu'il ne pourra pas être non plus prouvé qu'il n'y aura pas eu intervention humaine, et encore moins établi le degré d'intervention humaine souhaitable¹⁹⁴².

¹⁹³⁶ Probatio diabolica. Sur ce thème voir Jean CARBONNIER, « Droit civil : introduction », P.U.F., 1992, page 348.

¹⁹³⁷ Cette solution paraît plus en accord avec la philosophie de la loi de 1978. En effet, si l'on se réfère à l'article 36 de cette même loi, l'on peut s'apercevoir, concernant le droit d'accès, qu'« en cas de contestation, la charge de la preuve incombe au service auprès duquel est exercé le droit d'accès... ». Principe repris à l'article 40 alinéa 3 du projet de loi de transposition de la directive communautaire.

¹⁹³⁸ C'est la même chose que ne pas être et de pas être prouvé.

¹⁹³⁹ Jean CARBONNIER, précité, n° 173.

¹⁹⁴⁰ Sur cette règle, voir notamment, cassation civile, 2 avril 1996, Bulletin Civil, I, n° 170 ; cassation civile, 23 juin 1998, Bulletin Civil, I, n° 270 ; cassation civile, 30 janvier 2001, Revue Contrat, Concurrence, Consommation, 2001, 68, note LEVENNEUR ; cassation civile, 24 septembre 2002, Bulletin Civil, I, n° 219.

¹⁹⁴¹ Sur cette question voir *infra* n° 1158.

¹⁹⁴² Sur ce dernier point voir nos propos précédents quant à la signification de l'article 2.

B Défaut de sanction propre à l'article 2.

1015. De lege lata : un défaut de sanction directe. En effet, s'agissant de l'article 2, nous avons cherché en vain la disposition qui permettait d'assurer son effectivité. Car tout le monde s'accordera à dire qu'une mesure, quelle qu'elle soit, dépourvue de sanction propre restera une mesure inefficace. S'il est loisible à ceux qu'elle devait contraindre de la transgresser sans encourir la moindre réprobation, force est alors de reconnaître qu'une telle disposition est inopérante. Et à reprendre la formule d'un auteur¹⁹⁴³, « A défaut de sanction précise, cette disposition paraît largement platonique ». Nous ne pouvons qu'adhérer à ces propos qui posent très clairement la problématique de l'effectivité de l'article 2. Il est cependant vrai que certains¹⁹⁴⁴ ont pu voir dans le principe de licéité et de finalité¹⁹⁴⁵ une réponse aux manquements à l'interdiction posée à l'article 2.

1016. Atténuation. A l'appui de cette solution, l'auteur apporte deux arguments. Le premier par du principe général que, « Tout traitement soit en conformité avec les dispositions de toute loi ». Ainsi, « Si le traitement procède de l'application même de la loi, il doit en respecter tous les termes. Dans les autres cas, il ne doit pas aboutir à des effets contraires aux prescriptions légales ». Le second fait référence à la position de la CNIL s'agissant du projet G.A.M.I.N.¹⁹⁴⁶, de laquelle l'auteur a déduit « qu'aux yeux de la CNIL la finalité doit être licite au sens de l'article 2 ». Cette vue des choses, même si elle a le mérite d'apporter une première réponse à la carence de la loi, paraît quelque peu fragile, voire en décalage avec le principe de finalité tel que nous l'avons posé¹⁹⁴⁷.

1017. Une atténuation théorique. En effet, la finalité d'un traitement est liée à l'activité, l'objet social du responsable qui le met en oeuvre, et non aux conditions ou à son mode d'utilisation (fondement unique ou non de la décision). Cette question relève uniquement et exclusivement du domaine de l'article 2, et non du principe de finalité. Or, l'atteinte à cet article ne reçoit encore aucune sanction directe. L'on aurait pu penser qu'à l'occasion de la transposition de la directive communautaire nos honorables parlementaires aient eu l'idée d'introduire un amendement allant dans ce sens. Il n'en a rien été.

S/s SECTION 2 Au niveau communautaire.

1018. Plan. Afin de saisir les similitudes et les divergences qui existent actuellement entre la législation française et le texte communautaire, il semble important de retranscrire

¹⁹⁴³ François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », éditions Litec, 2001, page 51 *in fine*.

¹⁹⁴⁴ Nathalie MALLET-POUJOL, « Commercialisation des banques de données », édition CNRS, 1993, n° 12.

¹⁹⁴⁵ Sur ce point voir *supra* n° 141 et n° 148.

¹⁹⁴⁶ Voir *supra* n° 963.

¹⁹⁴⁷ Voir *supra* n° 148.

l'intégralité de l'article 15 exposant les principes à respecter en matière de décisions individuelles automatisées. Cette dernière disposition s'articule autour d'un principe (I) et d'une exception (II).

I Principe.

1019. Texte. Il nous est dit à l'alinéa 1^{er} de l'article 15 que : « les États membres reconnaissent à toute personne le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard l'affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destinées à évaluer certains aspects de sa personnalité, tel que son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement, etc. ».

1020. Conditions d'application. D'après les termes de cette disposition, l'invocation du principe d'humanité des décisions nécessite la réunion de quatre conditions cumulatives :

- l'existence d'une décision ;
- que la décision soit prise sur le seul fondement de l'ordinateur ;
- et, que le traitement automatisé vise à évaluer certains aspects de la personnalité.

Si, *a priori*, de telles dispositions ne semblent pas poser de difficultés insurmontables, leur étude approfondie soulève un certain nombre d'ambiguïtés qu'il nous appartient de mettre en exergue.

A Existence d'une décision.

1021. Caractérisation de la décision. Il est possible de se demander quand il y aura décision. De prime abord, nous serions tentés de dire que prendre une décision concernant un individu nécessite l'adoption d'une attitude particulière, une opinion ou une position envers cette même personne. Une telle attitude ou position peut prendre plusieurs formes. Par exemple, cela peut vouloir dire exiger de la personne qu'elle agisse ou s'abstienne d'agir dans un sens ou alors accorder ou refuser une demande particulière de l'individu. La difficulté à déterminer ce qu'est une décision (opposée à la personne) peut provenir du problème à distinguer le terme décision d'autres notions plus ou moins proches. Ainsi, en serait-il des termes suggestion, conseil, projet, aide et qui viseraient à préparer des décisions explicites. Il est à cet égard important de noter que l'article 15 alinéa 1^{er} ne semble pas exiger que la décision prenne une forme spécifique. La notion de décision de l'article susvisé doit donc être interprétée largement, c'est-à-dire à la fois à la lumière de la lettre du texte, que des notions voisines du terme de décision qu'il est susceptible d'embrasser. De là, le simple fait qu'un processus soit formellement caractérisé ou perçu comme une suggestion ou un conseil n'autorise pas à l'exclure du champ d'application de l'article 15 alinéa 1^{er}. Cependant, il faut alors admettre, pour qu'un processus décisionnel entre dans le cadre de l'article 15 alinéa 1^{er}, qu'il doit avoir un minimum d'effets contraignants sur le décideur¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴⁸ Comme par exemple inciter le décideur à agir d'après le résultat fourni.

B Une décision emportant des effets juridiques ou affectant de manière significative la personne.

1022. Plan. C'est là une deuxième condition qui doit être vérifiée afin de savoir si le processus en question doit entrer dans la prohibition de l'article 15 alinéa 1^{er}. S'il est relativement aisé de définir ce qu'est un effet juridique, il semble, en revanche, que la tâche soit beaucoup plus ardue concernant l'incise, « l'affectant de manière significative ».

1° Effets juridiques.

1023. Problématique. Parmi la première catégorie d'effets, il y a fort à penser qu'il entrera des décisions telles que le refus d'un droit ou la mise à charge d'une obligation. Il est alors clair que les décisions en matière de distribution du crédit seront hors de portée de cette disposition. En effet, il est traditionnellement admis, en théorie et en jurisprudence, que le crédit n'est pas un droit. Cependant, on pourrait également comprendre par « effets juridiques », le refus ou l'acceptation, par exemple, d'une prestation de services, telle qu'un crédit. En effet, l'acceptation d'un prêt ne va-t-elle pas mettre à la charge de la personne certaines obligations, dont celle du remboursement ? De même, ne va-t-elle pas conférer un droit à la personne, celui de recevoir les fonds octroyés par contrat ? Il y a là assurément des effets juridiques découlant de la décision prise par le banquier. L'hypothèse du refus d'octroi d'un crédit emporte, quant à elle, plus de réserves de notre part quant à savoir si elle produit des effets juridiques. Puisqu'il n'existe pas de droit au crédit, il nous est impossible de dire que la décision de refus prive d'un droit la personne. Il est donc possible d'hésiter à ranger cette catégorie de décision parmi les effets juridiques. En revanche, il semble bien qu'une telle décision puisse entrer sous les termes : « l'affectant de manière significative » tels qu'exposés à l'article 15. Il est cependant vrai que l'expression comporte une certaine difficulté d'interprétation.

2° Effets significatifs.

1024. Démarche. Comment déterminer qu'une décision aura eu sur la personne un effet significatif ? C'est là une question particulièrement délicate à résoudre. Pour y répondre il nous semble opportun de tenter de caractériser ce qu'il faut entendre par « effet significatif »(a./). Autrement dit, quand pourra-t-on dire que la décision a un effet significatif sur le demandeur de crédit. La référence à un cas concret devrait alors nous aider à déterminer le sens de ces termes (b./).

a./ Caractérisation.

1025. Problématique. Cette dernière difficulté est induite du terme « significatif ». En effet, concrètement que peut bien recouvrir une décision affectant la personne de manière significative ? Devons-nous comprendre le terme dans un sens purement objectif ? Et dans ce cas nous aurions à rechercher si la décision emporte des effets indépendants de la volonté ou de l'impact chez la personne sujette à l'appréciation. L'effet significatif serait alors celui qui emporte des conséquences de nature purement matérielle ou économique chez la personne. Ou alors devons-nous considérer que la décision, pour avoir un effet significatif, doit être confrontée aux intérêts moraux et personnels de la personne ? A moins que la réponse à la question ne se trouve dans la prise en compte de ces deux catégories d'intérêts ? Peut-on trouver dans les autres dispositions de la

directive des éléments qui pourraient nous permettre de répondre à notre interrogation ? Force est d'avouer que sur ce point la directive n'est pas très explicite.

a-1 Une atteinte aux intérêts moraux et matériels.

1026. Signification. L'on peut néanmoins se référer à son article 23 qui concerne la responsabilité découlant des infractions aux droits reconnus par la directive. Selon cette disposition : « Les États membres prévoient que toute personne ayant subi un dommage du fait d'un traitement illicite ou de toute action incompatible avec les dispositions prises en application de la présente directive a le droit d'obtenir du responsable du traitement réparation du préjudice subi ». Il est évident que ce texte vise à réparer le préjudice matériel. Cependant, nous ne voyons pas dans cet article ce qui interdirait la réparation d'un préjudice moral. Or, si les sanctions prévues par l'article 23 n'excluent pas expressément la réparation d'un préjudice moral, nous pouvons alors légitimement penser que les termes « l'affectant de manière significative » ne se résument pas à une atteinte de nature purement matérielle, mais peuvent aussi viser une atteinte aux intérêts moraux de l'individu ¹⁹⁴⁹. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Si au surplus l'on se réfère à la philosophie que la directive semble vouloir introduire, notamment par ses considérants n° 1 et n° 10 incitant les États à « s'efforcer d'améliorer la protection assurée actuellement » ¹⁹⁵⁰, et de « garantir un niveau élevé de protection ... » ¹⁹⁵¹, l'on doit admettre qu'il ne s'agit pas seulement, par les dispositions de la directive, de protéger des intérêts économiques mais aussi des intérêts moraux. Dès lors, il nous semble qu'il existe de sérieux doutes à réduire les effets « significatifs » d'une décision aux seuls effets matériels. N'est-il pas possible d'admettre qu'un effet significatif puisse exister du seul fait d'être jugé par une machine ? En effet, n'avons-nous pas dit que l'individu avait droit à la protection de son intégrité morale, de sa dignité ? Il nous paraît alors tout à fait possible de voir dans la violation de ces notions une affectation significative de l'individu ¹⁹⁵². Nous pouvons donc considérer que l'utilisation d'un système expert ou d'un système de *scoring* pour évaluer la dignité de crédit d'une personne, et à terme la soumettre à sa décision, puisse l'affecter de manière significative, quelle que soit la décision qui en découlera. Le simple fait d'être jugé par un ordinateur suffit à provoquer un effet significatif. Cependant, si l'on excepte que pour une large part de l'article 15 alinéa 1^{er} c'est bien l'intégrité et la dignité humaine qu'il faut protéger face à l'évolution d'un monde de plus en plus

¹⁹⁴⁹ D'ailleurs à se référer à la proposition de directive du conseil européen, COM (90) 314 final, page 43, « ... la notion de préjudice couvre aussi bien le préjudice matériel que moral ». Sur ce point, rien n'indique, dans les projets qui ont suivi, que cette vision ait changé. Voir notamment, proposition modifiée de directive présentée par la commission, COM (92) 422 final, SYN 287, page 35. Vision semble-t-il adoptée dans le considérant n° 55 de la directive qui énonce que : « Les dommages que peuvent subir les personnes... doivent être réparés ».

¹⁹⁵⁰ Considérant n° 9, JOCE (L), n° 281/32 du 23 novembre 1995.

¹⁹⁵¹ Considérant n° 10, *ibidem*.

¹⁹⁵² Cette interprétation du terme « significatif » nous paraît d'autant plus plausible que le principe édicté à l'article 15 alinéa 1er trouve son origine dans l'article 2 de la loi de 1978. Or, nous avons suffisamment souligné le fait que l'objectif de cette disposition était de protéger la personnalité et la dignité de la personne humaine face au jugement sorti de l'ordinateur.

automatisé et déshumanisé, il convient néanmoins de s'attarder sur les critères d'appréciation et de tolérance de l'effet significatif pour la personne. En d'autres termes, il convient ici de savoir si l'analyse de la notion, « significative », doit s'interpréter *in concreto* ou *in abstracto*.

a-2 Mode d'appréciation de l'atteinte.

1027. Une analyse *in concreto* supposerait, pour juger de l'atteinte significative, qu'il faille se référer à des données (paramètres) purement subjectives. Ainsi, l'effet significatif serait caractérisé par référence à ce que chaque individu ressent comme tel dans son for intérieur. De là découlerait une analyse casuistique inapte à fixer un seuil de tolérance applicable à toute personne dont la dignité de crédit serait évaluée. Il est relativement aisé de comprendre que l'atteinte à l'intégrité ou à la dignité humaine puisse varier indéfiniment suivant la personne objet d'une évaluation par un système automatique. Certaines personnes ne verraient, dans le fait d'être jugé par un ordinateur, aucune atteinte à leur personnalité alors que d'autres, au contraire, y trouveraient systématiquement matière à violation de leur dignité. Dans ces conditions comment apporter un minimum de sécurité juridique et d'effectivité aux décisions prises en matière de crédit où interviendrait l'ordinateur ? Il nous paraît donc plus raisonnable d'interpréter les termes d'effet significatif par voie d'analyse *in abstracto*.

1028. Analyse *in abstracto* . Dans ce schéma, un certain degré d'objectivité est introduit afin de déterminer ce qu'est un effet significatif. Il ne s'agit alors plus de se référer à ce que pense la personne, individuellement et subjectivement, mais de se reporter à un modèle moyen placé dans les mêmes circonstances. Ce modèle étant déterminé par rapport à la perception qu'aurait un nombre raisonnable d'individus, aux facultés intellectuelles « normales ». En l'espèce, cela reviendrait à se demander si l'utilisation d'un système de *scoring*, par exemple, emporte envers eux un effet significatif qui pourrait s'exprimer par une atteinte à leur dignité ou à leur intégrité (par exemple) ou même au refus partiel d'un crédit.

b./ Exemple choisi d'un effet significatif.

1029. Cas des décisions de crédit partiellement positives. En effet, nous visons ici l'hypothèse où la personne aurait pu obtenir le crédit à des meilleures conditions que celles qui sont offertes du fait de l'évaluation par la machine. Cette situation résultera des limites du système de crédit-scoring ou du système expert. Nous savons que la technique du crédit-scoring est largement fondée sur l'analyse de données quantitatives (revenus, charges...) et statistiques. Dans un tel schéma, il n'est pas tenu compte des éventuelles explications qui pourraient être fournies lors d'un dialogue avec la personne sur l'existence ou non d'une qualité, sur la modification prochaine de sa situation, sur l'existence d'impayés ou à l'inverse d'appuis financiers qu'elle pourrait recevoir... Le système de crédit-scoring n'a pas l'avantage de pouvoir dialoguer avec le demandeur de crédit sur les données qu'il traitera, et à l'inconvénient de ne baser son évaluation qu'à partir de données plus ou moins figées et standardisées. Or, le demandeur qui a une connaissance sur son propre risque pourrait voir dans l'évaluation qui lui est opposée une mauvaise appréciation de sa situation personnelle ou, du moins, une appréciation insuffisamment adaptée. Ce décalage dans l'analyse du risque peut alors être parfaitement perçu comme un effet significatif affectant le demandeur de crédit. En effet,

l'obtention d'un prêt plus important et à un taux d'intérêt inférieur, peut être regardé comme un effet significatif. L'effet significatif ne doit donc pas être limité à un refus ou à une atteinte à la dignité humaine du fait d'une décision informatique, mais peut également résulter d'une acceptation inappropriée. Pourtant, et comme nous le verrons plus loin, une telle situation échappe au principe de l'alinéa 1^{er} de l'article 15, pour intégrer les exceptions prévues l'alinéa 2. Doit-on alors considérer qu'une telle décision ne fait plus grief au sens de la directive ?

C Une décision aux conséquences négatives.

1030. Une décision faisant grief. Cela résulte pour partie du concept même de décision, et pour partie de la condition que la décision doit avoir des effets juridiques ou des effets significatifs sur la personne objet de cette même décision. Concrètement, nous pourrions dire qu'il y aura décision lorsque le décideur se trouvera obligé par le résultat du processus et que celle-ci sera opposée à la personne objet de l'évaluation ; c'est-à-dire qu'elle lui fasse grief. Cette dernière condition ressort d'ailleurs parfaitement des travaux de la commission européenne. Selon cette dernière ¹⁹⁵³, « La personne doit être soumise à une décision lui faisant grief. Il doit s'agir d'une décision qui lui est opposable, qui emporte des conséquences à son égard, le simple fait par exemple d'adresser des prospectus commerciaux à une liste de personnes déterminées par ordinateur ne constitue pas une décision faisant grief... ». On peut alors s'apercevoir que la notion de décision, dans le cadre de l'article 15, doit être comprise non seulement par référence à son sens premier et isolé ¹⁹⁵⁴, mais également et surtout par rapport à l'existence d'effets significatifs envers la personne sujette à évaluation ¹⁹⁵⁵. Ainsi, en matière de crédit-scoring, la décision qui ferait grief serait celle qui refuserait le prêt sollicité ¹⁹⁵⁶. Une décision positive ne ferait donc pas grief, ce qui justifierait une décision purement automatique. Cependant, la seule référence au projet de directive signifie-t-il qu'il faille adopter la même lecture dans sa version finale ? D'ailleurs le fait que les termes « faisant grief » ne soient pas repris dans l'article 15 laisse à penser que le législateur européen n'a pas voulu limiter l'application du principe de l'article 15 à ce type de décision. Il est vrai cependant qu'une telle interprétation reste relativement théorique dans les cas où la décision emporte des effets bénéfiques pour la personne, tels l'acceptation du prêt. Sauf peut-être pour un demandeur chagrin qui verrait dans le simple fait d'être jugé par ordinateur une atteinte à sa dignité. L'atteinte devant s'apprécier *in abstracto*, rares seront

¹⁹⁵³ Voir document de communication de la commission des communautés européennes, COM (92), 422 final - SYN 287 du 15 octobre 1992, page 27.

¹⁹⁵⁴ C'est-à-dire impliquant une opinion, une action mentale.

¹⁹⁵⁵ Il semble bien, dans cette conception, que la note score qui serait opposée au candidat emprunteur soit considérée comme une décision entrant dans le champ de l'article 15. De même que le conseil, l'opinion ou la suggestion qui serait délivré par un système expert. Dès lors, les résultats sortis des systèmes de crédit-scoring et des systèmes experts sont bien à assimiler à des décisions.

¹⁹⁵⁶ Une décision (score) emportant le statu quo pourrait-elle être qualifiée de la même manière ?

les hypothèses où elle sera consacrée ¹⁹⁵⁷. Reste que si l'on ne retrouve pas littéralement les termes « faisant grief » à l'article 15, la formule « l'affectant de manière significative », semble sensiblement rejoindre, conceptuellement et pratiquement, leur sens. Néanmoins, cette proximité n'autorise pas une assimilation totale des deux formules. Ainsi, certains effets faisant grief peuvent être jugés trop anodins pour être qualifiés de significatifs. Finalement, si l'effet faisant grief est une condition nécessaire de l'article 15, il n'est pas une condition suffisante pour conclure que la décision a un effet significatif chez la personne. Ce qui est donc exigé par l'article 15, c'est que la décision ait des conséquences significatives pour la personne. C'est-à-dire, à s'en référer aux exceptions de l'alinéa 2, que ces conséquences soient négatives. Ainsi, tel serait le cas d'un refus de crédit ou même, selon nous, d'une acceptation à des conditions inadaptées au risque réel. Car, en cas de décision positive, la référence au seul résultat du processus informatique est possible, ce qui ne peut être le cas pour une décision négative. C'est là une troisième condition qui sera, en pratique, difficilement vérifiable.

D Une décision basée sur le seul résultat informatique.

1031. Une réflexion à rejeter : la qualité du concepteur comme paravent à l'application de l'article 15. Nous avons déjà largement débattu sur la question visant à déterminer ce qui pourrait être qualifié d'intervention humaine. Il ne semble donc pas opportun de rechercher une analyse différente au niveau européen. Tout au moins pourrions-nous ajouter à nos précédents propos la réflexion qui consisterait à soutenir qu'une décision fondée (quel qu'en soit le degré) sur un processus informatique, ne sera jamais totalement automatisé. La raison pourrait tenir en cela : le processus décisionnel informatique étant une création de l'être humain, derrière chaque résultat sorti de l'ordinateur il y aurait en fait le spectre de l'homme. De ce point de vue, comment affirmer en toute quiétude qu'une décision puisse avoir pour seul fondement un processus informatique type crédit-scoring par exemple ? En pure théorie l'idée est acceptable. En effet, si c'est l'homme qui construit le système guidé en cela par son expérience, son savoir-faire, son intelligence, et par ses choix effectués parmi une foule de données objectives, en somme ce qu'il y a de plus subjectif en la personne et ce qui la fait différente de la machine, alors on peut légitimement se dire qu'il ne peut y avoir de décision prise sur le seul fondement d'un ordinateur qui, de toute façon, ne peut exister *ex nihilo*. Dans ce système de pensée il ne faudrait voir dans le processus informatique que le prolongement du pouvoir décisionnel de l'homme ordonnateur de toutes choses. Mais, adhérer à cette idée c'est entièrement priver d'effet les dispositions de l'article 15, et c'est remettre en cause la présence même de l'article 15.

1032. Nécessité de caractériser l'intervention humaine au stade de l'utilisation du système. Nous devons admettre que l'intervention humaine dans le processus de création du système, n'opère aucune influence sur le fondement de la prise de décision. C'est donc au stade de l'utilisation du système qu'il faut se référer pour apprécier si oui ou non il y a eu intervention humaine dans la prise de décision. La négative impliquerait une attitude de passivité de l'agent dans le laps de temps situé entre le rejet du résultat par

¹⁹⁵⁷ Hormis le cas de rejet de la demande sur la base du seul résultat de l'ordinateur.

l'ordinateur et la formalisation de la décision finale. L'affirmative, elle, impliquerait que le décideur opère un examen critique des critères et pondérations constituant le système. En quelque sorte, celui-ci devrait mener une étude parallèle et comparative du dossier du demandeur en s'appuyant sur l'analyse traditionnelle¹⁹⁵⁸. Ceci ne devrait pourtant pas aboutir à ce que l'agent change les critères et/ou les pondérations, non plus à ce qu'il les supplante par d'autres. Ce qui aurait pour résultat de modifier le système informatique construit en amont, réduisant considérablement l'utilité et la fiabilité de l'instrument¹⁹⁵⁹. Cependant, il ne faut pas être dupe, en pratique l'analyse parallèle pourrait bien aboutir à écarter certains critères sortis du processus informatique, et à en privilégier d'autres qui seraient totalement étrangers à ce dernier. Pourra-t-on reprocher au décideur cette démarche ? Car, en opérant ainsi, il ne fait que respecter ce que la loi lui assigne de faire. Mais, il est également vrai qu'il s'écarte des impératifs fixés par la direction qui, elle, impose le respect du résultat score. Cependant, il va de soi qu'une part de liberté peut-être laissée au décideur, si l'on veut toujours pouvoir le qualifier comme tel lors de l'étude du dossier. Ce dernier doit avoir la capacité de relever les éventuelles incohérences de certaines décisions qui pourraient jaillir du processus score. Reste à savoir si cette capacité juridique de l'agent à influencer le score ne risque pas de se voir brider par son incapacité à comprendre la logique du système score ?

1033. Difficulté pratique à intervenir. C'est donc d'une double capacité dont il s'agit en l'espèce. Capacité juridique certes, mais également capacité à comprendre le fonctionnement du système. Le préalable au respect de l'article 15 réside et dépend donc du mode d'organisation et de formation internes à l'établissement de crédit. Concrètement, cela signifie que le système score ne pourra jamais fonctionner seul, mais devra être accompagné d'une documentation mettant, au minimum, à jour les critères employés ainsi que leurs pondérations¹⁹⁶⁰. Ceci devrait permettre à chaque décideur d'apprécier l'influence que chaque variable a eu sur le score final. Et ce, aux fins d'un contrôle de pertinence du profil tracé par l'ordinateur par rapport à la situation personnelle de chaque demandeur, tel certains éléments de sa personnalité qui n'auraient pas été pris en considération. Soulignons à ce titre que l'une des conditions d'application de l'article 15 alinéa 1^{er} est que le traitement en question évalue « certains aspects de la personnalité ».

¹⁹⁵⁸ Cependant, comme nous l'avons signalé précédemment, il semble que la CNIL adopte une attitude plus souple en se contentant de demander aux établissements de crédit l'existence d'une procédure parallèle. C'est une possibilité d'étude parallèle qui est exigée mais pas une étude parallèle systématique. Nous devons cependant admettre que l'idée implique que dans nombre de cas la décision sera purement informatisée. Il n'y aurait donc guère que dans les cas de contestation du demandeur, incitant au dialogue et donc à l'analyse parallèle *de facto*, que la décision finale ne se trouvera pas fondée par référence au seul processus informatique.

¹⁹⁵⁹ Une telle attitude pourrait d'ailleurs entraîner des sanctions disciplinaires, pouvant aller jusqu'au licenciement, contre l'agent qui opérerait ainsi. Voir sur la question de la nécessité de respecter le processus comme gage de pertinence, *supra* n° 393.

¹⁹⁶⁰ Nous ferons remarquer à ce stade de l'étude qu'une documentation pourra également servir d'usage externe lorsqu'il s'agira, selon l'article 12 de la directive, de faire connaître au demandeur, « la logique qui sous-tend tout traitement automatisé, au moins dans les cas des décisions automatisées visées à l'article 15 paragraphe 1er ». Sur cette délicate question, voir *supra* n° 496.

E Finalité du traitement : l'évaluation de certains aspects de la personnalité.

1034. Difficulté à cerner la formule. Telle qu'est rédigée la formule, il n'apparaît pas que cette évaluation nécessite une construction très formalisée ou aboutie de la personnalité de la personne. Même si en pratique l'utilisation de techniques de profilage de plus en plus sophistiquées aboutira à de telles constructions. L'élément important réside dans le fait que la décision que la personne réfute soit bien fondée sur un profil de sa personnalité. A ce propos l'ambiguïté de la directive semble se situer au niveau de l'expression « certains aspects de la personnalité ». Il n'est pas douteux à cet égard que les mots « aspects de la personnalité » s'appliquent aux aspects de la personnalité de la personne dont les données sont traitées¹⁹⁶¹. Mais, il est douteux que l'emploi du mot « certains » signifie que tous les aspects de la personnalité seront juridiquement significatifs afin d'invoquer l'application de l'article 15 alinéa 1^{er}. La difficulté réside en l'espèce à déterminer la frontière entre les aspects de la personnalité juridiquement significatifs et ceux qui ne le seront pas. La tâche est néanmoins simplifiée par la liste, non exhaustive, édictée par le texte communautaire. Ainsi, seront juridiquement significatifs les aspects de la personnalité qui porteront sur les aptitudes, la compétence de la personne, sur son comportement, sa dignité de crédit, ses préférences ou ses besoins, en somme tout ce qui touchera intrinsèquement le caractère de la personne. Il faut donc que ces aspects comportent un certain degré de complexité. Ainsi, une évaluation portant sur l'étude de caractéristiques purement physiques (telles, par exemple, la vitesse de réaction, le groupe sanguin...) ne peut être assimilée à une étude des aspects de la personnalité en dehors de toute relation avec les caractéristiques intellectuelles d'une personne. Au vu de l'énonciation de l'article 15, il n'apparaît pas que les aspects de la personnalité soient regardés comme relatifs au caractère, aux traits intimes et privés, c'est-à-dire non professionnels, de la personne¹⁹⁶². Non plus qu'ils soient regardés comme uniques chez la personne¹⁹⁶³. Mais, quoi qu'il en soit, il faut bien avouer, à ce stade de l'étude, qu'il est bien difficile de cerner, *a priori*, toute la portée de la formule « certains aspects de la personnalité » contenue dans la directive.

1035. Le critère : la définition d'un profil de la personnalité. Cependant, la lecture des travaux de la commission européenne nous éclaire quelque peu en soulignant que : « Le traitement doit appliquer aux données relatives à la personne concernée des variables déterminant un profil type (considéré bon ou mauvais) de personnalité, ce qui exclut tous les cas où le système ne donne pas de définition du profil de personnalité, par exemple, le fait qu'une personne ne puisse obtenir auprès d'un distributeur automatique

¹⁹⁶¹ On remarquera sur ce point que la législation française est plus explicite puisque l'article 2 parle de, « définition du profil de la personnalité de l'intéressé ».

¹⁹⁶² Les exemples employés tendraient même à démontrer le contraire avec les termes : « rendement professionnel », « crédit », « fiabilité ».

¹⁹⁶³ En effet, en pratique, c'est bien à partir de standards préalablement déterminés que l'aptitude ou la compétence de la personne sera calculée. C'est bien là la preuve que par ces évaluations informatiques on ne recherche pas les qualités qui seraient uniques chez la personne.

de billets de banque la somme demandée, parce qu'elle aura outrepassé son crédit, ne tombe pas sous le coup d'une telle définition »¹⁹⁶⁴. Ce dernier exemple restera donc en dehors du champ d'application de l'article 15 alinéa 1^{er}. La réponse aurait toutefois été différente si la décision avait été fondée non pas sur le simple fait que la personne n'avait pas assez d'argent sur le compte, mais sur une évaluation entièrement automatisée de son passé bancaire. Une telle démarche équivaldrait alors à une appréciation de la dignité de crédit telle qu'elle est envisagée à l'article 15 alinéa 1^{er}. Il peut ainsi être raisonné de la même manière s'agissant de l'évaluation fondée sur un système score intégrant les données financières et autres relatives à la personne. Rappelons qu'un tel système vise précisément à fixer, sous forme de note, le comportement futur en matière de remboursement du crédit, et ce à partir des données quantitatives et qualitatives de la personne. Par cette approche score c'est donc bien un profil de la personnalité visant à établir la dignité du crédit qui est établie. Profil qui doit, en tant que tel, tomber sous le coup de l'article 15 alinéa 1^{er}. La technique du crédit-scoring visant à évaluer sous forme de note « certains aspects de la personnalité » du demandeur de crédit (son comportement futur autrement dit sa dignité de crédit), ne peut donc pas servir, en principe, de seul fondement à la décision d'octroi ou de refus du crédit. Nous employons ici sciemment le terme « en principe » car, à peine proclamée de façon quasi solennelle l'interdiction, l'alinéa 2 introduit immédiatement une réserve importante à cette dernière. C'est là une innovation majeure qu'apporte le texte européen par rapport à la législation française¹⁹⁶⁵.

II Les exceptions au principe d'humanité.

1036. La possibilité de prendre une décision sur le seul fondement informatique.

Selon l'article 15 alinéa 2 de la directive : « Les Etats membres prévoient... qu'une personne peut être soumise à une décision telle que celle visée au paragraphe 1^{er} si une telle décision : est prise dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, à condition que la demande de conclusion ou d'exécution du contrat, introduite par la personne concernée, ait été satisfaite ou que des mesures appropriées, telle que la possibilité de faire valoir son point de vue, garantissent la sauvegarde de son intérêt légitime ou est autorisée par une loi qui précise les mesures garantissant la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne concernée ». Il ressort clairement de ces dispositions qu'une décision peut avoir pour seul fondement l'utilisation d'un système informatique, dont l'objectif est d'évaluer « certains aspects de la personnalité ». Evidemment, cette possibilité est entourée de conditions à respecter. A défaut, l'exception aurait anéanti le principe précédemment édicté. Deux conditions principales doivent ainsi être suivies. D'une part, la référence au seul processus informatique ne peut avoir lieu que pour les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat (A) ; d'autre part, que la demande ait été satisfaite ou que des mesures appropriées existent pour sauvegarder les intérêts de la personne objet de la décision (B).

¹⁹⁶⁴ COM (92) 422 final, précité, page 28.

¹⁹⁶⁵ Outre le problème délicat suggéré par les termes étudiés d' « effets significatifs ».

A La conclusion ou l'exécution d'un contrat.

1037. Une condition simple à vérifier. Cette condition ne pose (apparemment) aucune espèce de difficulté. Il suffira simplement de savoir si l'on se situe au stade de la formation du contrat, ce qui devrait inclure toutes les opérations préalables à la conclusion ou à celui de l'exécution, c'est-à-dire une fois le contrat signé. S'agissant de la question que nous avons à traiter, l'examen de la dignité de crédit, l'intérêt de son étude se situant au stade de l'octroi d'un crédit ou de son renouvellement, c'est la phase de conclusion du contrat qui sera concernée. Il faut donc considérer que la mise en oeuvre d'un système de crédit-scoring au moment de l'étude de la demande de crédit entre bien dans le champ d'application de l'exception. La seconde condition commande, elle, beaucoup plus de commentaires.

B Une demande satisfaite ou l'existence de mesures appropriées.

1038. Plan. En effet, cette dernière sera réalisée soit si la demande de contrat est satisfaite (1°) soit si des mesures appropriées garantissant la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne sont adoptées (2°).

1° Une demande satisfaite.

1039. Une condition non restrictive. Si l'on se penche sur la première possibilité de dérogation ouverte par l'article 15 alinéa 2, c'est-à-dire en cas de demande satisfaite, nous avons déjà signalé que cette hypothèse n'est pas exempte de toute discussion. En effet, hormis le cas où la personne se sentira atteinte dans sa dignité du fait qu'elle est jugée par l'unique intervention d'un ordinateur, se posera le problème où celle-ci aurait pu, par exemple, obtenir de meilleures conditions de remboursement. Dans cette dernière hypothèse, quand bien même la réponse serait positive, nous ne pouvons nier qu'elle aurait pu être satisfaite à de meilleures conditions de taux et/ou de montant. Nous avons vu qu'il est techniquement possible d'associer à une note score un certain montant de prêt et un certain taux d'intérêt. En effet, la note étant censée évaluer les risques que présente la personne par rapport au remboursement du crédit, il est facilement imaginable qu'à ces niveaux de risques soit associé un montant plafond d'emprunt et un taux d'intérêt minimum. Or, cette question du montant à accorder, ainsi que du taux d'intérêt à appliquer¹⁹⁶⁶, peut, selon la directive, être déterminée par référence au seul traitement informatique. La question qu'implique donc le terme « satisfaite » est de savoir ce que signifie concrètement cette dernière notion. Doit-on comprendre qu'une demande satisfaite le soit par rapport aux conditions posées par le demandeur de crédit ou doit-on comprendre qu'elle le soit par référence aux conditions fixées par établissement de crédit ? Pour répondre, il est vrai que l'on ne peut dire qu'une demande satisfaite à des conditions moindres que celles sollicitées soit à considérer comme un refus. Mais,

¹⁹⁶⁶ Concrètement le problème pourra être soulevé dans plusieurs cas. Il pourrait l'être lorsqu'une personne, qui demande un certain montant, se verra attribuer le prêt, mais à un taux supérieur à son risque réel, fixé par référence à sa note score. Il pourra l'être également lorsqu'il posera la question au banquier de savoir combien il peut emprunter et à quel taux. Le banquier sur la base de la note score lui annoncera alors un montant. Cependant, on peut penser qu'une étude plus fine (c'est-à-dire prenant en compte d'autres critères que ceux du système de *scoring*) aurait amené à un montant supérieur et/ou à un taux moindre.

inversement l'on pourrait également soutenir qu'une demande qui n'est pas acceptée aux conditions souhaitées équivaut à une sorte de rejet. On le voit, la réponse n'est pas aisée. Pourtant, cette question est d'importance car de sa réponse dépend la possibilité, pour la personne, d'invoquer ou non la protection engendrée par l'adoption « de mesures appropriées » qui ont vocation à s'appliquer, semble-t-il, au seul cas de refus.

2° L'existence de mesures appropriées.

1040. Démarche. C'est là la seconde voie de validation d'une décision prise sur le seul fondement d'un processus informatique. En effet, dans l'hypothèse où la demande de conclusion du contrat n'est pas satisfaite, l'on sort du premier cas de validation pour pénétrer dans la seconde voie. Il semble donc que cette dernière hypothèse vise les cas de refus. En effet, il n'y a guère que dans ce schéma¹⁹⁶⁷ que la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne soit à garantir. A lire les termes de cette seconde catégorie de validation, il existe un intérêt à protéger et un moyen d'y parvenir. L'intérêt à sauvegarder c'est l'intérêt légitime de la personne dont la demande aura été rejetée. Le moyen de cette protection, c'est l'adoption de mesures appropriées. Reste à savoir ce qu'il faut entendre précisément par ces formules. Dans cette optique il paraît logique d'entamer notre démarche par la recherche de l'objet du droit (a./), sauvegarde de l'intérêt légitime, avant de s'attarder sur les outils permettant sa protection (b./).

a./ Objet de la protection.

1041. La sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne. L'expression ici employée ne pose pas autant de problèmes que l'on pourrait croire *a priori*. En effet, nul ne nous contredira sur le point que l'intérêt légitime de la personne recouvre globalement la conclusion du contrat qu'elle demande ou, plus précisément, la prise en compte de son aspiration à voir le contrat se conclure aux conditions qu'il demande ou à de meilleures conditions. Outre ces intérêts qui nous semble suffisamment évidents, il est également possible d'inclure parmi les intérêts légitimes de la personne, son droit à protéger sa dignité en tant qu'être humain. En effet, en cas de refus de sa demande, prise sur le seul fondement d'un traitement informatique, les mesures à adopter n'ont-elles pas vocation à protéger cette dignité ? Assurément, car offrir, par exemple, à la personne l'opportunité de s'exprimer face à la décision de l'ordinateur, c'est lui permettre de protéger sa dignité. La sauvegarde de cette dernière peut donc se confondre avec la formule de « l'intérêt légitime ». Mais alors, comment concrètement et quotidiennement protéger cet intérêt légitime ? Quels moyens devront être développés dans ce but ? Par qui ? Et sous quelle forme ?

b./ Les outils de la protection.

1042. Plan. Le texte communautaire prévoit que la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne peut être assurée par la possibilité offerte à cette dernière de « faire valoir son point de vue » (b-1). Toutefois, ne nous y trompons pas, cette mesure n'est nullement à regarder comme exhaustive. Ce n'est qu'un exemple qui n'interdit pas aux établissements de crédit d'adopter d'autres mécanismes de sauvegarde des intérêts des demandeurs de crédit (b-2).

¹⁹⁶⁷ Et dans le cas où la possibilité de faire valoir son point de vue aurait amélioré les conditions de satisfaction de la demande.

b-1 La possibilité de faire valoir son point de vue

1043. Signification de l'expression. Dans son article 15, la directive nous offre un moyen de satisfaire l'intérêt légitime de la personne. En effet, ce dernier doit pouvoir être protégé par l'adoption de mesures aptes à permettre à la personne de « faire valoir son point de vue ». Reste à déterminer ce qu'il faut comprendre par cette formule. Il semble, pour assurer l'effectivité de la mesure, qu'il faille exiger plus qu'une simple réception de l'opinion de la personne. Selon nous, la personne doit certes pouvoir exprimer son point de vue face au résultat qui lui est opposé, mais cela ne devra pas se faire sans que certaines précautions soient prises par les établissements de crédit. Ces derniers devront assurer, d'une part, que l'opinion de la personne a bien été enregistrée, d'autre part, et surtout, que celle-ci a bien été prise en compte par l'agent chargé de l'étude du dossier. Ceci exige donc que l'opinion de la personne ait été exprimée avant la décision finale. A défaut, la mesure ne serait que pur artifice. Cependant, la prise en considération du point de vue de la personne ne semble pas exiger que celui-ci intervienne avant que le résultat soit opposé au demandeur de crédit. Que l'opinion soit émise avant ou après la décision score, force est de reconnaître que dans ces cas la décision ne pourra jamais intervenir sur le seul fondement d'un processus informatique. Car, le fait pour la personne de présenter sa vision des choses impliquera nécessairement que la décision finale soit prise par l'agent. En effet, celui-ci aura à confronter les arguments de la personne aux calculs opérés par la machine. L'appréciation humaine interviendra alors forcément¹⁹⁶⁸. Au final, il faut considérer que les décisions prises « sur le seul fondement d'un traitement de données destinées à évaluer certains aspects de la personnalité », n'interviendront guère que dans les cas de décisions d'acceptations pures et simples. Dans cette dernière hypothèse la satisfaction de la demande couvrant l'intérêt légitime de la personne, il ne serait alors effectivement nul besoin de protéger la personne contre une décision entièrement automatisée. Evidemment, selon les termes de la directive, la possibilité de faire valoir son point de vue n'est pas la seule façon de protéger les intérêts légitimes de la personne.

b-2 Une exception non limitative.

1044. Principe. En effet, la formule employée, « telles que ... » laisse clairement à penser que ce moyen de protection prend la forme d'un exemple non limitatif. D'ailleurs, sur ce thème d'autres voies avaient été explorées, notamment par le Parlement européen. Selon ce dernier, la protection de la personne pouvait être assurée, non pas par la possibilité de faire valoir son point de vue, mais par le consentement de la personne ou encore dans le cas où la conclusion du contrat se situerait dans une relation de confiance¹⁹⁶⁹.

1045. Rejet de l'exception fondée sur le consentement de la personne. La

¹⁹⁶⁸ En ce sens, voir Frédéric de BROUWER, « Protection des données à caractère personnel : un nouveau cadre légal belge », *Revue de Droit des Affaires Internationale*, n° 2, 1999, n° 42, page 200.

¹⁹⁶⁹ Voir COM (92), précité, page 28 ; voir aussi Marc SCHAUSS, « Les propositions de directives de la Communauté Européenne sur la protection des données : menace sur les transactions financières », *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1992/4, page 47.

réponse de la commission a été sur ce point sans ambiguïté. Selon cette dernière, « s'il existe un rapport de force défavorable à la personne concernée (cas de la personne à la recherche d'un emploi par exemple), ni son consentement ni la perspective d'un contrat ne sauraient constituer une garantie suffisante »¹⁹⁷⁰. L'exemple pris par la commission est tout aussi transposable à l'activité du crédit. En effet, le demandeur venant pour obtenir un prêt, bien souvent sollicité, l'établissement de crédit chargé de l'étude du dossier obtiendra dans la grande majorité des cas l'accord de la personne pour voir la décision prise sur le seul fondement d'un score. Car, il y a fort à penser que dans l'esprit du demandeur le refus de donner son consentement soit synonyme, sinon de refus, au moins synonyme d'élément négatif pour l'obtention du prêt. Nous ne pouvons donc qu'adhérer à cette opinion, de même qu'à celle qui vise à rejeter l'admission d'une décision informatique du seul fait du rapport de confiance.

1046. Rejet de l'exception fondée sur la relation de confiance. Il est vrai que cette forme de relation n'apporte pas, par elle-même, plus de garantie que toute autre forme de rapport. Permettre qu'une décision entièrement informatisée soit prise sur la seule base de cet argument paraît dénué de tout fondement. L'idée résulte, nous semble-t-il, d'une vision quelque peu angélique du rapport de confiance. En effet, elle partirait du postulat que par le truchement de ce rapport, l'établissement de crédit prendrait lors de son appréciation informatique en considération l'intérêt du demandeur. L'idée n'est pas totalement fautive, en ce sens que, même en cas de refus, les intérêts légitimes du demandeur seraient pris en compte, puisqu'il éviterait, au minimum, l'impossibilité pour l'emprunteur de rembourser son prêt. Mais, ce serait ici admettre que la technique du crédit-scoring soit infaillible et exhaustive dans les critères qu'elle prend en compte. Or, nous savons que cette technique est totalement inapte à déceler la volonté de payer d'un candidat à l'emprunt. C'est dire que la relation de confiance n'exclut absolument pas que le demandeur trouve à redire pour enrichir positivement l'étude de sa demande. Bien au contraire, la confiance, telle que nous l'avons définie¹⁹⁷¹, devrait favoriser le dialogue y compris sur les techniques employées par l'établissement de crédit pour évaluer les demandeurs. Il faut donc conclure que le rapport de confiance n'est pas un bon argument pour permettre des décisions sur la seule base d'un traitement informatique¹⁹⁷². D'autres garanties seraient-elles mieux à même d'assurer la protection de la personne ?

1047. Seule exception valable : l'intervention humaine. La commission avait émis le souhait qu' « en cas de score négatif, la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne concernée devra être garantie, par exemple si la décision finale est différée jusqu'à ce que les services aient pu procéder à une étude « humaine » du dossier ». Au regard de cette dernière réflexion, il apparaît clair que dans l'esprit du législateur européen, l'intervention humaine soit le meilleur garant de la protection de l'intérêt légitime des personnes, que celle-ci soit assurée directement par une procédure interne ou qu'elle soit

¹⁹⁷⁰ Voir COM (92), précité, page 28.

¹⁹⁷¹ Voir *supra* n° 213.

¹⁹⁷² Au surplus, de quelle confiance s'agirait-il en l'espèce ? Autrement dit, en l'absence d'intervention humaine peut-on toujours parler de rapport de confiance entre le demandeur et le banquier ?

provoquée par la possibilité, pour la personne, de faire valoir son point de vue. C'est d'ailleurs cette dernière direction que le projet de loi de transposition de la directive a choisi de suivre.

1048. Position européenne reprise par le législateur français. D'après l'article 10 de ce projet : « Une décision prise dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour laquelle la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations n'est pas regardée comme prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé ». La formule employée par le législateur français est relativement proche de celle figurant à la directive. En effet, il semble qu'il ne faille pas voir, dans la possibilité de présenter ses observations, autre chose que l'expression du point de vue de la personne. La protection de l'intérêt légitime passera, selon toute vraisemblance, en France, par l'intervention de la personne dans le processus décisionnel. Et dans cette hypothèse, le législateur français admet que la décision n'est pas prise sur le seul fondement d'un traitement informatisé. On remarquera donc, à la différence de la directive, que le projet de loi ne consacre à aucun moment le principe d'une décision fondée uniquement sur un processus informatique. En revanche, le principe d'une intervention de la personne dans la prise de décision est clairement annoncé reprenant en cela l'objectif de la directive.

1049. Consécration d'un droit d'ingérence. En effet, si l'on se reporte aux travaux de la commission européenne¹⁹⁷³ concernant l'article 15 on peut lire que « cette décision vise à protéger le droit de la personne concernée à participer au processus de prise de décisions qui ont de l'importance pour elle. L'utilisation de profils de données détaillées sur les particuliers par de puissantes institutions publiques et privées enlève aux particuliers la capacité d'influencer les processus décisionnels dans ces institutions, si les décisions sont prises sur le seul fondement de leur profil de données ». L'idée est donc de conférer un véritable droit d'ingérence, au moins au niveau communautaire¹⁹⁷⁴, dans les décisions exclusivement fondées sur un processus informatique. Cependant, la mise en oeuvre de cette « capacité d'influencer les processus décisionnels », nécessitera, pour assurer l'effectivité du droit, que les personnes puissent avoir accès à ces mêmes processus. L'exercice du droit reconnu dans un premier temps par la directive, et sans doute dans un proche avenir par le législateur national, implique donc que soit fait appel à d'autres concepts juridiques. A ce titre, l'article 12 de la directive et l'article 3 actuel de la loi informatique et libertés, en consacrant un véritable droit à la connaissance, offriront sans nul doute les moyens de rendre effectif ce droit. Dès cet instant, les demandeurs de crédit et les emprunteurs trouveront un argument de poids pour imposer au banquier leur propre vision de la relation. Cela devra alors se traduire par une aspiration de ces dernières personnes à exiger soit l'entrée en relation, soit le maintien de celle-ci. Le banquier pourra-t-il résister à ce mouvement ? C'est ce à quoi nous allons tenter de répondre maintenant.

SECTION 2 Des conséquences au regard de l'opportunité d'entrer en relation

¹⁹⁷³ COM (90) 314 final, SYN 287 du 13 novembre 1990, page 31 *in fine*.

¹⁹⁷⁴ Il ne semble pas que le texte envisage différemment le problème.

ou de maintenir la relation bancaire.

1050. Problématique. Nous l'avons signalé, le banquier a un devoir de clairvoyance économique qui l'oblige à n'accorder que des crédits qui sont, dans leur montant, adaptés aux capacités financières de l'emprunteur potentiel. Se pose alors une question, les établissements de crédit pourraient-ils se voir dans l'obligation non plus seulement de ne pas octroyer des crédits inadaptés à la situation des demandeurs, mais, positivement, d'octroyer des crédits à toute personne en fonction de sa capacité de remboursement, si minime soit-elle ? Dans ce dernier cas cela reviendrait à consacrer le principe d'un droit au crédit comme il existe un droit au compte. Or, pour ces questions l'échelle de notation pourrait asseoir une telle prétention. Concrètement, on pourrait imaginer qu'à chaque niveau de score soit associé un montant de crédit déterminé. Il ne s'agirait alors plus d'utiliser la note comme critère d'octroi ou de refus du crédit demandé mais d'associer à chaque note un montant de crédit. Si bien qu'à la stratégie du tout ou rien succéderait celle de l'octroi systématique du crédit mais à des conditions (de montant) différentes de celles sollicitées par le candidat à l'emprunt. Dans un même ordre d'idées ne pourrait-on pas exiger du banquier qu'il maintienne les crédits préexistants, sous forme d'ouverture de crédit par exemple, si la situation du bénéficiaire l'exige, voire qu'il les augmente si elle s'améliore ? La note pourrait, une fois de plus, servir d'élément de référence permettant soit le maintien des crédits si la note ne se dégrade pas au cours du crédit, soit même l'augmentation du crédit si elle s'améliore. Et inversement, elle pourrait permettre et justifier de la part du banquier qu'il mette fin au crédit ou qu'il en diminue le montant si la note se dégradait. Procéder à l'étude de l'impact des scores ou de la cotation Banque de France, lors de l'entrée en relation, octroi initial du crédit, ou de son maintien, implique d'abord que l'on se soit interrogé sur des termes tels que le droit au crédit, le droit au maintien ou à la reconduction du crédit. D'ores et déjà nous devons préciser que la question de l'octroi et du maintien du crédit relève de la même philosophie. En effet, le terme « maintien » du crédit, tel que nous l'envisagerons embrasse aussi bien la notion de « reconduction » d'un crédit préexistant mais arrivé à échéance, que le terme de « continuation » d'un crédit sans terme fixé. Au travers ces notions c'est toujours la même logique qui est visé : le maintien ou non du crédit ou de la relation. A cette unité de logique doit être ajoutée une autre, celle de l'octroi du crédit qui, elle aussi, rejoint les expressions ici employées. Car, finalement demander la reconduction du crédit c'est, ni plus ni moins, demander l'octroi d'un crédit de même nature, de même montant... Pareillement, envisager la question de la non rupture d'un crédit en cours, c'est exiger la continuation du crédit déjà octroyé.

1051. Plan. Cependant, ces précisions terminologiques étant faites, avant même que la personne bénéficiaire d'un crédit en cours ou d'un crédit échu, ou que le demandeur de crédit puisse se fonder sur sa note pour exiger l'octroi d'un crédit ou son maintien, il n'est pas inutile d'étudier quels pourraient être les fondements à une telle prétention. Cela revient alors à se demander si cette personne est en droit, au plan des principes, d'invoquer un quelconque droit au crédit (I). Une fois posé les bases d'un droit au crédit ou à son maintien, il nous faudra alors en vérifier la légitimité, notamment au regard de la liberté qu'a le banquier d'entrée ou de sortir de la relation (II).

I L'existence d'un droit au crédit : octroi et maintien.

1052. Problématique. S'interroger sur l'existence d'un droit au crédit revient à se demander s'il est légitime pour une personne de demander l'octroi ou le maintien d'un crédit. Or, cette légitimité peut trouver un fondement certain dans le rôle que joue le crédit et les banques en générale dans le développement économique et social du pays (A). Or, c'est précisément cette position centrale des banques dans l'économie que le législateur a voulu stigmatiser lorsqu'il a reconnu à toute personne physique le droit à obtenir l'ouverture d'un compte bancaire. Et, si tout le monde s'accorde aujourd'hui pour reconnaître que ce droit n'implique pas un droit au crédit, l'entente est beaucoup moins franche lorsqu'il s'agit cette fois de la reconnaissance, par la loi, d'un droit au crédit (B.) Preuve supplémentaire de l'importance des banques dans le développement économique et social du pays.

A Le rôle des banques et du crédit dans l'économie.

1053. Plan. La démonstration de l'influence du système bancaire dans le développement économique et social du pays passera, dans un premier temps, par un aperçu général du rôle des banques dans ce développement économique (1°) et, dans un second temps, par une analyse spécifique de ce rôle dans la lutte contre l'exclusion (2°).

1° Rôle général des banques.

1054. Généralités. Sans aller jusqu'à dire que les banques sont gérantes d'un service public ¹⁹⁷⁵, elles n'assument pas moins dans le développement de l'économie un rôle particulier. En effet, celles-ci, et nous avons eu l'occasion de le souligner maintes fois ¹⁹⁷⁶, interviennent sur le marché de l'argent notamment au travers les crédits qu'elles distribuent aux particuliers et aux entreprises. Or, et c'est une banalité de le dire, l'argent est le moteur de l'économie. Sans lui il n'est pas possible d'initier une quelconque activité économique, ni même, plus généralement, d'accéder à un bien ou à un service. Dès lors, pour ceux qui n'ont pas cet argent, les solutions ne sont pas légions pour se le procurer : il faut faire appel au crédit que seules les banques peuvent distribuer ¹⁹⁷⁷. En distribuant des crédits les banques participent donc au développement de l'économie puisqu'elles permettent l'investissement des particuliers et des entreprises. Elles stimulent ainsi la production, l'activité, l'emploi... Elles contribuent à la création des richesses du pays. Il y a donc sans conteste un effet bénéfique de la distribution du crédit sur l'économie d'un pays. Mais, au-delà de cet aspect purement économique et qui, sans en douter, participe de la protection de l'intérêt général, le crédit offre d'autres vertus, morales et sociales, qui,

¹⁹⁷⁵ Voir sur cette question, Patricia BEAUREZ, « L'activité bancaire à l'épreuve de la notion de service public », thèse, Clermont-Ferrand, 2003.

¹⁹⁷⁶ Voir notamment *supra* n° 13 et suivants, n° 841, 842 et n° 945.

¹⁹⁷⁷ En effet d'après l'article L. 511 - 5 du Code monétaire et financier les banques ont un monopole sur la distribution du crédit. Sur le monopole bancaire voir, Patrice COUDERT, « Le champ d'application territorial du monopole des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement », thèse, Clermont-Ferrand, 2004.

elles aussi, ont vocation à pénétrer le champ de la notion d'intérêt général.

2° Le rôle du crédit et des banques dans la lutte contre l'exclusion.

1055. Le crédit et l'intégration sociale. Sans aller jusqu'à prôner la conception de Saint-Simon voyant dans l'industrie pécuniaire le seul moyen d'assurer le bonheur et le progrès de la société tout entière¹⁹⁷⁸, il est indéniable que le crédit, du moins son accès, possède des vertus sociales et morales. En effet, le crédit permet l'accès à l'argent, cet argent qui doit permettre à chacun d'accéder aux biens et aux services, d'accéder à l'intégration et à la reconnaissance sociale. « En effet, pour les exclus, accéder au crédit est le premier pas vers une resocialisation dans le groupe de référence »¹⁹⁷⁹. La question est donc celle-ci, « si le crédit est devenu un élément de civilisation peut-on concevoir une catégorie qui, hors les cas extrêmes, en serait exclue »¹⁹⁸⁰? Or, la technique du *scoring* en répondant par oui ou par non exclut plus qu'elle n'intègre. Pourtant, techniquement, nous savons qu'à chaque niveau des risques représenté par la note score pourrait être associé un montant de crédit, si minime soit-il. Dans ce cas d'utilisation, le *scoring* pourrait ainsi être un facteur d'intégration. Cette conception trouve d'ailleurs un écho dans la pratique de la finance solidaire¹⁹⁸¹, et plus spécifiquement de la micro finance ou du micro crédit¹⁹⁸².

1056. La finance solidaire. La fonction du crédit est alors de favoriser l'intégration en permettant à des individus de créer leur propre emploi¹⁹⁸³ et ainsi sortir de la spirale du chômage et de l'exclusion sociale. L'expérience du micro crédit démontre que le crédit est un facteur d'intégration sociale. Ce souci d'intégration sociale par l'accès au crédit a d'ailleurs bien été perçu par le législateur lors de l'adoption de la loi du 15 mai 2001¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁷⁸ Voir sur cette vision de l'utilité du crédit et de la place du banquier dans la société, Jean-Marie THIVEAUD, « Industrie bancaire. Vertu sociale de crédit. Puissance morale de l'argent », Revue d'Economie Financière, n° 27, 1993, page 133 et suivantes.

¹⁹⁷⁹ Avis du groupe de la coopération, rapport du Conseil Economique et Social, « Endettement et surendettement des ménages », 2000, précité, page 1 - 30.

¹⁹⁸⁰ Dans laquelle la préoccupation principale des intervenants n'est pas la rentabilité et le profit mais le respect de principes éthiques ou de solidarité, l'intégration sociale par exemple. Voir David Vallat, « La finance solidaire : champ d'application varié », in rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 501.

¹⁹⁸¹ . *Ibidem*, page 500.

¹⁹⁸² Terme plus restrictif et qui permet d'insister sur une spécificité du domaine de la finance solidaire, l'octroi de prêts de faible montant pour des projets de petite envergure, le plus souvent d'auto-emploi. *Ibidem*, page 501 *in fine* et page 502, 2nd colonne, *in limine*.

¹⁹⁸³ En créant leur propre entreprise, d'où le terme de microentreprise.

¹⁹⁸⁴ Loi n° 2001 - 420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JO du 16 mai 2001, page 7776 et suivantes.

B La consécration d'un droit au crédit

1057. Consécration législative d'un droit au crédit. C'est ainsi que l'on retrouve édicté à l'article L. 511 - 10 alinéa 4 du Code monétaire et financier que : « Pour fixer les conditions de son agrément, le Comité des établissements de crédit... peut prendre en compte la spécificité de certains établissements de crédit appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire. Il apprécie notamment l'intérêt de leur action au regard des missions d'intérêt général relevant de la lutte contre les exclusions ou de la reconnaissance effective d'un droit au crédit ». Cette dernière disposition énonce on ne peut plus clairement les aspirations du légiférant à lutter contre l'exclusion¹⁹⁸⁵ et de reconnaître un droit au crédit. Reste évidemment à savoir ce que la formule « reconnaissance effective d'un droit au crédit » implique.

1058. Problématique. N'est-elle, comme le pensent certains auteurs¹⁹⁸⁶, qu'un élément dont le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement peut tenir compte pour délivrer l'agrément bancaire, mais sans que cela concerne la relation de clientèle ? Ou, à l'inverse, doit-elle être regardée comme la reconnaissance d'un véritable droit subjectif, comme l'est le droit au compte¹⁹⁸⁷, et qui devrait permettre aux personnes d'exiger le crédit ?

1° La consécration d'un droit subjectif.

1059. Le droit au crédit : un droit subjectif. Pour notre part nous ne pensons pas que la formule soit sans impact sur la relation bancaire. Il est vrai que la reconnaissance d'un droit au crédit est énoncée dans un texte concernant la délivrance de l'agrément bancaire, ce qui laisserait à penser qu'elle ne concerne pas les rapports établissements de crédit - clients. Mais, il n'en demeure pas moins que les conditions de l'agrément, est donc de sa délivrance, seront fixées par référence aux objectifs affichés de l'établissement de crédit en termes de lutte contre l'exclusion, notamment par le biais de la reconnaissance d'un droit au crédit. Dans le cadre de l'article L. 511 - 10 alinéa 4 du Code monétaire et financier il est clair que le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement délivrera l'agrément sur la base d'informations lui permettant d'apprécier l'intérêt de l'action des établissements de crédit de l'économie solidaire « au regard des missions d'intérêt général relevant de la lutte contre les exclusions ou de la reconnaissance effective d'un droit au crédit ». Il paraît alors logique que dans l'exercice de leur profession ces établissements de crédit, qui ont obtenu l'agrément parce qu'ils se

¹⁹⁸⁵ Le même souci de lutte contre l'exclusion se retrouve d'ailleurs à l'article L. 511 - 6 alinéa 2 du Code monétaire et financier qui introduit une exception au monopole bancaire sur les opérations de crédit puisqu'il est dit à cet article que : « L'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas : [...] 5. Aux associations sans but lucratif faisant des prêts pour la création et le développement d'entreprises par des chômeurs ou titulaires de minima sociaux sur ressources propres et sur emprunts contractés auprès d'établissements de crédit... » .

¹⁹⁸⁶ Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Droit bancaire : Institutions – Comptes – Opérations - services », Litec, 5^{ème} édition par Jean STOUFFLET, 2002, n° 368-6, page 253.

¹⁹⁸⁷ Consacré par l'article L. 312 - 1 du Code monétaire et financier.

sont engagés à lutter contre l'exclusion et à octroyer du crédit à des personnes exclues, respectent leur engagement ¹⁹⁸⁸. L'article L. 511 - 10 alinéa 4 *in fine* parle de lutte contre les exclusions et de la reconnaissance effective d'un droit au crédit. Il n'y a donc aucune ambiguïté possible. Dans l'exercice de leur profession, ces établissements de crédit devront lutter contre l'exclusion et permettre aux exclus d'accéder au crédit comme ils peuvent accéder au compte. Pour eux c'est, sans équivoque, un droit au crédit qui est aujourd'hui consacré ¹⁹⁸⁹.

2° Le droit au crédit : un droit subjectif conditionné.

1060. Problématique. Cependant, reste à savoir si ce droit au crédit doit être soumis à certaines conditions ou, si, au contraire, il doit être ouvert à tous sans restriction. Autrement dit, doit-on considérer que le droit au crédit est de même portée que le droit au compte qui permet à toute personne (exclue par les établissements de crédit) d'exiger, auprès de la Banque de France, l'ouverture d'un compte (avec les services minimums y afférents) ou alors doit-on admettre que le droit au crédit emprunte une portée différente en ce sens que l'on puisse exiger des personnes qu'elles réunissent certaines conditions ? Selon nous, le droit au crédit ne peut avoir la même portée que le droit au compte. En effet, le fait que des personnes jugées indésirables par les établissements de crédit aient accès au compte n'emporte aucun risque ni pour l'établissement de crédit ni pour la personne qui en réclame le bénéfice (a./). Il n'en est pas de même pour le droit au crédit qui peut, s'il n'est pas parfaitement circonscrit (b./), avoir des conséquences fâcheuses sur l'économie.

a./ Droit au compte et droit au crédit : deux concepts différents

1061. La législation sur le droit au compte répond à une réalité économique. Car le fait est qu'aujourd'hui nombre de prestations, sociales notamment, sont obligatoirement exécutées par virement sur un compte bancaire. Celui qui ne dépose pas d'un compte est handicapé puisqu'il ne pourra librement percevoir ses prestations. Le droit au compte vise à réparer cette situation inéquitable. En effet, il aurait été antinomique d'imposer d'un côté les versements de certaines sommes d'argent via l'instrument du compte bancaire tout en laissant, d'un autre côté, indéfiniment ¹⁹⁹⁰ aux établissements de crédit la liberté de refuser d'ouvrir un compte. C'est là une règle de bon sens. Mais, cette règle n'est pas dangereuse ni pour la banque ni pour le bénéficiaire, ni pour les tiers. Car il est acquis qu'elle n'oblige absolument pas les établissements de crédit teneurs de tels comptes, de mettre à la disposition de ces personnes des moyens de paiement (chéquiers ou cartes de crédit) susceptibles de porter atteinte aux intérêts des protagonistes (établissements de crédit

¹⁹⁸⁸ Voir pour une opinion proche, Thierry BONNEAU, « Du droit au crédit », Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, 2002 page 4.

¹⁹⁸⁹ Dans le même sens, voir Thierry BONNEAU, précité, page 3, « L'article L. 511 - 10 du Code monétaire et financier consacre ainsi, de façon incontestable, un droit subjectif... » .

¹⁹⁹⁰ Nous employons ce terme car le principe est bien que les établissements de crédit sont libres de refuser l'ouverture d'un compte. Cependant, la Banque de France peut désigner, en cas de refus multiples, un établissement de crédit qui sera alors dans l'obligation d'ouvrir et de tenir le compte.

¹⁹⁹¹ , tiers ¹⁹⁹² , bénéficiaires ¹⁹⁹³) en cas d'absence de provisions. La même réflexion ne peut selon nous être reproduite s'agissant cette fois du droit au crédit.

b./ Le droit au crédit : un droit limité.

1062. Le droit au crédit : un droit limité à certains établissements de crédit. D'une part, le droit au crédit ne peut avoir la même portée que le droit au compte car il ne peut s'appliquer que lorsque l'établissement de crédit aura demandé son agrément en fonction de cet objectif de lutte contre l'exclusion ¹⁹⁹⁴ et de la reconnaissance d'un droit effectif au crédit. En effet, il n'y a que dans cette hypothèse bien précise que le droit au crédit peut être reconnu. Rappelons que cette reconnaissance intervient dans le cadre de l'opportunité de délivrer l'agrément bancaire au regard de la « spécificité de certains établissements de crédit appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire ». Or, l'essence du secteur de l'économie sociale et solidaire ¹⁹⁹⁵ est de lutter contre la précarité économique et donc contre l'exclusion sociale ¹⁹⁹⁶ . Dans ce cadre, l'accès au crédit, par la reconnaissance d'un droit au crédit, participe de ce mouvement de lutte contre l'exclusion. Il est même regardé comme le moyen par excellence de lutte contre cette exclusion.

1063. Le droit au crédit : un droit limité par la nécessaire protection des parties et des tiers. D'autre part, le droit au crédit ne peut avoir la même portée que le droit au compte car il doit être tenu compte du préjudice qui pourrait résulter de sa reconnaissance sans condition. Le droit au compte ne peut avoir d'effets négatifs pour les parties en présence alors que l'octroi du crédit peut être très dangereux s'il est distribué à des personnes qui ne peuvent pas ou même ne veulent pas le rembourser. Or, s'il est octroyé à des personnes qui n'ont pas la capacité de rembourser, il en résultera un préjudice pour le banquier qui risque de ne pas recouvrer sa créance ; pour l'emprunteur lui-même qui sera dans une situation de surendettement ; et éventuellement pour les tiers qui se seront engagés à l'égard de cette personne en croyant en sa solvabilité. Le législateur ne peut avoir voulu cet effet. En revanche, il peut avoir voulu que chaque personne ait la possibilité de s'endetter à hauteur de sa capacité de remboursement ¹⁹⁹⁷ .

¹⁹⁹¹ Pour un chèque émis en deçà d'un certain montant, on sait que l'établissement de crédit devra l'honorer. Il en résultera alors un préjudice pour lui.

¹⁹⁹² Au-delà d'un certain montant le marchand bénéficiaire du chèque sans provision subira à son tour un préjudice.

¹⁹⁹³ Le chèque sans provision déclenchera une procédure de fichage contraignante pour l'émetteur.

¹⁹⁹⁴ En ce sens voir Thierry Bonneau, « Du droit au crédit », Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, 2002, page 3.

¹⁹⁹⁵ Voir en ce sens, David Vallat, précité, notamment pages 499 à 503.

¹⁹⁹⁶ Selon Monsieur David Vallat, précité, page 501, « Le premier substantif (économie sociale) concerne le secteur de l'économie héritier des mouvements ouvriers, secteur qui repose sur des valeurs mutualistes et coopératives. Le second substantif (économie solidaire) correspond à une définition plus générale d'une pan de l'économie guidé non pas par des préoccupations marchandes de rentabilité mais des valeurs humanistes (ce qui n'implique pas néanmoins une absence totale de rentabilité économique) et réciprocaires. » .

1064. Le droit au crédit : un droit conditionné par l'existence d'une capacité de remboursement. Dans ce cadre, il pourrait être admis un droit au crédit compris en tant que droit à exiger un crédit adapté à sa situation financière¹⁹⁹⁸. Or, appréhendé de cette façon tous les intérêts en présence seraient protégés¹⁹⁹⁹ et il n'y aurait plus d'obstacles à la consécration du droit au crédit dont les obligés seraient non seulement les établissements de crédit du secteur de l'économie solidaire mais, plus généralement, tout établissement de crédit, quel qu'il soit, voir le système bancaire dans son ensemble²⁰⁰⁰; et les bénéficiaires non plus seulement les chômeurs et les Rmistes mais toute la population des particuliers et des professionnels. Car, selon nous, le droit à un crédit adapté à sa situation financière dépasse le cadre de la lutte contre l'exclusion sociale. Reste à savoir quelle pourrait être la place des scores dans un tel schéma.

1065. Les scores et le droit au crédit. Il semble, *a priori*, qu'une vision plutôt pessimiste doive être émise s'agissant de la place de l'information-résultat dans le cadre du droit au crédit tel que nous l'avons décrit. En effet, la méthode des scores, mais même la cotation Banque de France, se révèle, en l'état actuel, particulièrement inadaptée à la population susceptible, pour l'instant, d'être visée par le droit au crédit. En effet, en priorité le droit au crédit concerne une catégorie de personne exclue traditionnellement du crédit. Cette population regroupe aussi bien des personnes physiques qui réclament l'accès au crédit pour satisfaire leurs besoins de la vie courante, que celles qui agissent dans un but purement professionnel et entrant dans la catégorie des très petites entreprises. Bien évidemment, les personnes morales ne sont d'emblée pas à exclure de cette population dès l'instant où leur taille demeure très réduite. Or, pour ces personnes la référence à la note score ou à la cotation Banque de France afin d'exiger un crédit est impossible pour la bonne raison qu'il n'existe pas, pour elle, soit de cotation, soit de méthode de score adaptée. En effet, pour cette catégorie, les établissements de crédit ne disposent pas d'informations suffisamment nombreuses et pertinentes pour pouvoir construire un score

¹⁹⁹⁷ Cet objectif est parfaitement plausible si l'on s'en réfère à l'importance du crédit dans le développement de l'économie du pays. En ce sens voir le rapport du Conseil économique social, précité, notamment pages I - 34 et I - 35, avis du groupe des professions libérales.

¹⁹⁹⁸ C'est-à-dire dont les modalités de remboursement, dans le temps et dans le montant, sont adaptées à la situation des personnes. Il s'agirait alors de comprendre le droit au crédit comme le moyen d'accéder à la liquidité, mais non comme un droit absolu que chacun pourrait exiger de son banquier sans condition. Voir, pour un droit entendu ainsi, Michel Dietsch, « Peut-il exister un droit au crédit ? », Revue d'Economie Financière, n°58, 2000/3, page 135 et suivantes.

¹⁹⁹⁹ Rappelons que même dans le cadre de l'économie solidaire, l'octroi du crédit n'est jamais dissocié d'un certain niveau de rentabilité. Voir David VALLAT, précité, page 501.

²⁰⁰⁰ On pourrait ainsi imaginer un système dans lequel les autorités chargées de la surveillance des établissements de crédit désignent, en cas de multiples refus, un établissement de crédit qui devra, dans le respect des normes prudentielles, octroyer le crédit. Encore que, s'agissant du respect des normes prudentielles, l'on puisse imaginer que l'autorité de contrôle prennent en compte les contraintes de l'établissement de crédit désigné qui aurait à accorder un crédit dans ces conditions, en matière de capital minimum, de supervision et de règles prudentielles plus souples. Voir en ce sens, Maria Nowak, « Le crédit solidaire : une voie nouvelle vers l'association du travail et du capital », *in* rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 487.

qui serait lui-même efficace. Et pour cause, du fait même qu'ils ne disposent pas de cette information²⁰⁰¹, ces derniers préfèrent les exclure du crédit. Il faut alors reconnaître que l'on entre, pour cette frange de la population, dans un cercle vicieux dont il sera difficile de sortir²⁰⁰². Mais, en dehors de l'hypothèse bien précise de l'accès au crédit pour cette population, la méthode des scores, au travers la note qu'elle rejette, pourrait bien servir de fondement à l'accès au crédit, ou du moins à son maintien, dans une juste proportion et ce quel que soit l'auteur considéré.

II L'impact de l'information-résultat sur le maintien du crédit.

1066. Problématique. Il est clair que la philosophie du maintien ou de l'octroi demeure très proche. Dès lors les fondements évoqués plus haut auraient pu trouver leur place sous cet intitulé. Les reprendre ici serait bien évidemment inutile. En revanche, s'agissant de la problématique de la non-rupture ou de la reconduction du crédit, il nous est apparu beaucoup plus pertinent d'isoler certaines causes qui pourraient justifier le maintien du crédit, soit par reconduction du crédit initialement accordé, soit tout simplement par continuation du crédit en cours d'exécution (B) ; alors même qu'il semble acquis aujourd'hui que le banquier est libre de contracter (A).

A La liberté de contracter ou de rompre le contrat.

1067. Principes. Que se soit dans le cadre d'un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée les principes sont simples d'expression. Ainsi, « Les contrats à durée indéterminée, nous disent Philippe MALAURIE et Laurent AYNES²⁰⁰³, peuvent être l'objet d'une résiliation unilatérale à tout moment... car la loi ne veut pas des contrats perpétuels, qui sont attentatoires à la liberté individuelle... ». Alors que le contrat à durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme²⁰⁰⁴. Cependant, malgré l'énoncé de ces principes de base, l'on doit réserver certaines spécificités propres à chacun des contrats, et mesurer quel pourrait être l'intérêt de l'information-résultat à leur égard.

1° Les informations-résultats et les causes de rupture du contrat à durée

²⁰⁰¹ Le coût de la collecte et du traitement de cette information par rapport au bénéfice attendu de la rémunération du crédit est bien souvent jugé trop élevé par les établissements de crédit. C'est pourquoi ils adoptent une politique de refus systématique pour ces personnes. Une telle pratique est évidemment critiquable dans la mesure où il est du métier de banquier que d'étudier, au moins, les demandes qui lui sont présentées. Rappelons que les Autorités du pays lui ont conféré un monopole. A ce titre, on peut alors se demander si, dans ce contexte bien précis, le refus ne doit pas être qualifié d'illégitime au double regard de la législation relative au refus de vente et de l'éventuelle aptitude de la personne à rembourser le crédit ?

²⁰⁰² Dans le cadre de la fiance solidaire l'accès au crédit est rendu possible non pas grâce à l'usage des scores, mais uniquement grâce à la relation de confiance qui forme la base de ce mode de distribution du crédit. Voir sur cette question, Maria Nowak, précité, pages 485 et 487. Cependant, ce ne sont pas des établissements de crédit du secteur traditionnel qui interviennent mais des établissements spécialisés. Voir sur ce point, David VALLAT, précité, page 499 et suivantes ; Isabelle GUERIN et David VALLAT, « Très petites entreprises et exclusion bancaire en France : le partenariat associations-banques », Revue d'économie financière, n°58, 2000/3, page 151 et suivantes.

²⁰⁰³ Précités, n° 321.

déterminée.

1068. Plan. Normalement, lorsque le contrat de crédit est à durée déterminée, la relation doit être poursuivie jusqu'à son terme. Cependant, même dans ce cas, il peut exister des cas où la rupture sera réputée légitime. Or, les scores ou la cotation Banque de France pourraient bien avoir un rôle à jouer quant au principe de la rupture.

a./ La place de l'information-résultat dans les causes de rupture prévue par le contrat

1069. Causes de rupture prévue par le contrat et information-résultat. La rupture pourra intervenir avant le terme si le contrat prévoit des causes de rupture anticipée²⁰⁰⁵ (incidents de paiement, défaillance de l'emprunteur...) ²⁰⁰⁶. Faisons alors remarquer à ce stade de l'étude que la dégradation du score ou de la cotation Banque de France pourrait parfaitement être choisie comme cause de rupture. Il suffirait alors de déterminer à partir de quel niveau de notation ou de cotation ²⁰⁰⁷ la rupture sera justifiée. Mais, la rupture peut également être légitimée, hors des cas susceptibles d'être prévus par le contrat, si le comportement ou la situation de l'emprunteur le justifie.

b./ La place de l'information-résultat dans les causes de rupture prévue par la loi.

1070. Situation irrémédiablement compromise et information-résultat. Ainsi, il est admis que le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou la situation irrémédiablement compromise autorise le banquier à rompre le crédit à durée déterminée et ce sans préavis. Cette liberté offerte au banquier résulte expressément de la loi ²⁰⁰⁸. Mais, elle ne concerne que les crédits octroyés aux entreprises et non ceux dispensés aux particuliers. Restera bien évidemment toujours la question du contenu de la notion « situation irrémédiablement compromise » ²⁰⁰⁹. Cependant, l'on pourrait également admettre qu'une note score ou une cotation Banque de France fortement dégradée puisse venir caractériser la situation irrémédiablement compromise. En effet, les scores et la cotation représentant des indicateurs fiables de la défaillance, l'hypothèse

²⁰⁰⁴ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, « Droit civil : les obligations », 2e édition, 1990, Cujas, n° 321, page 181 ; Yves GERARD, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats bancaires », in « La cessation des relations contractuelles d'affaires », colloque de l'institut de droit des Affaires d'Aix-en-Provence, 30 et 31 mai 1996, page 35 ; Isabelle BON-GARCIN, « L'abus de droit dans les contrats de crédit », JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 6, 1998, page 6 ; Yves Gérard, « Le contrat de banque », Juris-Classeur Banque et Crédit, fascicule 130, n° 139.

²⁰⁰⁵ Yves GERARD, précité, page 35 *in fine* ; Isabelle BON-GARCIN, précité, page 6.

²⁰⁰⁶ Sur ce point, voir Yves GERARD, précité, pages 35 à 37.

²⁰⁰⁷ La nouvelle cotation de la Banque de France facilitera sans doute la recherche du niveau adéquat.

²⁰⁰⁸ Article L. 313 - 12 du Code monétaire et financier.

²⁰⁰⁹ Le comportement gravement répréhensible lui ne pose pas les mêmes difficultés puisqu'il correspond à des hypothèses où l'attitude de l'emprunteur est caractérisée par la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse.

n'est pas que de pure école. On pourrait même imaginer que la notation puisse, quelle que soit la qualité de l'emprunteur, professionnel ou particulier, servir de cause de rupture avant le terme.

c./ La place de l'information-résultat dans la rupture fondée sur la nature du contrat de banque.

1071. Confiance et information-résultat. L'idée que la rupture puisse intervenir, dans ces contrats, hors des cas de cessation de la relation prévue par contrat ou par la loi, était émise²⁰¹⁰ et même épisodiquement consacrée par la jurisprudence²⁰¹¹. La légitimité de la rupture serait alors fondée sur la nature du contrat bancaire, contrat de confiance, conclut intuitus personae²⁰¹². A partir de là tout acte ou tout élément qui viendrait diminuer la dignité de crédit de l'emprunteur pourrait ainsi servir de fondement à la rupture de la convention. Or, l'événement susceptible de venir altérer cette dignité peut être la note score ou la cotation Banque de France. En effet, la dégradation²⁰¹³ de la note ou de la cotation équivaldrait alors à l'altération²⁰¹⁴ de la dignité de crédit et justifierait par conséquent la rupture de la convention de crédit. La spécificité du contrat bancaire associée à la notation pourrait alors rajouter un cas de rupture légitime des contrats conclus à durée déterminée. Mais, une telle conception pourrait-elle être durablement accueillie par les juges ? La prudence en ce domaine s'impose car au-delà de la spécificité du contrat bancaire, il existe la force obligatoire du contrat et le principe de sécurité juridique. Voir le principe de coopération ou de loyauté.

2° L'information-résultat dans la rupture du contrat de crédit à durée indéterminée

1072. Le délai de préavis et la rupture. *A priori*, le banquier a la liberté la plus grande de rompre le contrat. La question ne devrait alors guère soulever de commentaires. Cependant lorsqu'il le fait, il doit normalement respecter un délai de préavis. Dans ce cadre, il est possible d'admettre qu'une note score ou une cotation Banque de France fortement dégradée pourrait justifier une rupture sans préavis, dans la mesure où elle peut désigner la situation irrémédiablement compromise visée à l'article L. 312 -12 du Code monétaire et financier. Et, dans la mesure où la méthode des scores est également utilisée pour les crédits octroyés aux particuliers, cette même note pourrait, avec toute la prudence qui s'impose, là encore justifier la rupture sans préavis. On pourrait même plus subtilement imaginer de faire varier le délai du préavis en fonction de

²⁰¹⁰ Voir en ce sens, Yves GERARD, précité, page 37 et Juris-Classeur, fascicule 130, précité, n° 140.

²⁰¹¹ T.G.I. Paris, 12 décembre 1977, Dalloz, 1978, Informations Rapides, page 575, observations Michel VASSEUR ; cassation commerciale, 23 février 1982, Dalloz, 1982, Information Rapides, page 31, note Michel VASSEUR.

²⁰¹² Voir notamment sur ce point, Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », JCP (G), 1985, I, étude n° 3176, spécialement n° 38 ; Isabelle BON-GARCIN, précité, page 4 ; Yves GERARD, précité, fascicule 130, n° 2. Voir pour plus de précision et de références notre étude, *infra* n° 1175 et suivants et *supra* n° 569.

²⁰¹³ Il faudra alors admettre qu'on se situe dans le cadre d'un score de comportement, voir *supra* n° 316.

²⁰¹⁴ Sans parler encore de défaillance de l'emprunteur qui aurait permis à l'établissement de crédit de rompre la relation.

la note attribuée. Ainsi, en cas de note fortement dégradée, écarter le délai de préavis. En cas de note moins mauvaise prévoir un préavis de x temps et élever par la suite le délai en fonction de l'amélioration de la note. On aurait ainsi un système où serait associé à chaque note, justifiant au regard du banquier la rupture, un délai de préavis²⁰¹⁵. La différence de traitement serait alors justifiée par la plus ou moins grande urgence de la rupture. Cependant, un tel système même s'il est techniquement possible de le mettre en oeuvre, ressort encore du domaine de la prospection. Plus réaliste devrait être l'étude de l'impact des scores dans le cas de la rupture pour motif illégitime.

B Les exceptions à liberté de rompre ou l'obligation de maintenir la relation.

1073. Problématique. En effet, l'on doit ici réserver l'hypothèse où le banquier ne rompt pas le contrat, mais qu'il refuse de le renouveler. Comme a pu le dire un auteur²⁰¹⁶, l'analyse de cette question devrait être succincte si on l'examine au regard de la liberté qu'a le banquier de s'engager ou pas. Le contrat étant arrivé à son terme nul ne devrait pouvoir prétendre à son renouvellement. Pourtant, il semble qu'une vision aussi catégorique puisse être contestée²⁰¹⁷ au travers la notion de l'abus de droit. Il s'agirait alors, si l'abus dans le non-renouvellement était caractérisé, de reconnaître ni plus ni moins un droit au renouvellement, et donc l'octroi du crédit, au client désavoué. Le droit à un tel maintien doit évidemment être strictement cantonné. Il ne pourrait selon la doctrine²⁰¹⁸ intervenir que dans l'hypothèse où le banquier aurait renouvelé à plusieurs reprises le crédit initial. Dans cette situation le crédit serait alors en droit d'invoquer un minimum de stabilité dans la relation. Finalement, « les renouvellements successifs transforment l'ouverture de crédit à durée déterminée à un ensemble de promesses à durée indéterminée, de sorte que le client est fondé à croire que son contrat sera reconduit à son échéance »²⁰¹⁹. La stabilité s'inscrirait dans une certaine idée de la relation bancaire. C'est-à-dire une relation guidée par un souci de coopération et de loyauté²⁰²⁰. La question de l'abus ne concerne évidemment pas seulement cette hypothèse où le contrat est arrivé à son terme, mais également celle où le contrat est en cours d'exécution et qui serait rompu sans motif légitime.²⁰²¹ Mais, nous verrons que si l'idée d'un possible maintien de la relation trouve quelques appuis théoriques et jurisprudentiels (1°). Ces derniers demeurent beaucoup trop fragiles pour pouvoir imposer au banquier le maintien

²⁰¹⁵ Tout en restant dans la tranche des notes justifiant la rupture. Le système ainsi mis en place devra alors être scrupuleusement respecté par le banquier. A défaut l'emprunteur refoulé, s'il y trouvait avantage, ne manquerait pas de rechercher sa responsabilité.

²⁰¹⁶ Yves GERARD, précité, page 40.

²⁰¹⁷ *Ibidem*, page 41 *in fine*.

²⁰¹⁸ *Ibidem*, page 42.

²⁰¹⁹ *Ibidem*.

²⁰²⁰ Voir sur cette question *supra* n°214 et suivants ; Christian atias, « Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi) », Dalloz, 1995, I, page 125 et suivantes, notamment n° 9.

de la relation même si la note ou la cotation Banque de France s'avère excellente (2°).

1° Fondement théorique.

1074. Plan. Outre les fondements économiques que l'on a pu étudier dans notre premier paragraphe, certains autres principes pourraient justifier le maintien du crédit. Le premier d'entre eux met en oeuvre la liberté du commerce et de l'industrie (a./), le second, lui, concerne le devoir de coopération (b./).

a./ La liberté d'entreprendre.

1075. Définition/historique. C'est là un principe général du droit qui est souvent mis en avant par ceux qui entendent ne pas se voir imposer des contraintes trop lourdes dans l'exercice leur activité économique²⁰²². En effet, la liberté d'entreprendre procède du domaine des libertés individuelles au même titre que la liberté d'aller et venir. Ainsi, selon le professeur Jean GICQUEL la liberté d'entreprendre « signifie la liberté du commerce et de l'industrie reconnue par la loi des 2 - 17 mars 1791 »²⁰²³. Cette liberté découlerait directement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui définit la notion de liberté comme le « pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La liberté, dans son sens large, consisterait alors à « un pouvoir de décision ou d'autodétermination »²⁰²⁴. Et dans une société libérale « la liberté est le droit de courir des risques en vue d'acquérir des biens... »²⁰²⁵.

1076. La liberté d'entreprendre : un fondement au maintien du crédit. Celle-ci peut donc servir de fondement au maintien du crédit, car, en bloquant l'accès au crédit (par un refus d'octroi ou un non-renouvellement) le banquier empêche les individus d'accéder aux biens, elle les inhibe dans la réalisation de leur objectif professionnel, en somme dans leur pouvoir d'auto-détermination. L'on peut alors se demander, notamment dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie, si les personnes qui désirent faire appel au crédit ne sont pas fondées à exiger de leur banquier, soit qu'il leur accorde le crédit, soit qu'il le maintienne, le tout dans une juste proportion ?²⁰²⁶ L'idée est bien évidemment envisageable. Cependant, on pourrait immédiatement nous objecter, avec

²⁰²¹ Pour une dichotomie relativement proche, voir Christine LASSALAS, « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », Revue Droit et Patrimoine, 1998, page 61 et suivantes, notamment page 62, 2nd colonne ; Isabelle BON - Garcin, précité, page 6 et suivantes, notamment page 7, 1e colonne. Pour une dichotomie entre abus et rupture brutale, voir Jacques GHESTIN, « Traité de droit civil : les obligations : les effets du contrat », L.G.D.J., 1992, n° 241 et suivants ; Yves Gérard, précité, Juris-Classeur, fascicule 130, n° 59 ; Christian Gavalda et Jean Stoufflet, JCP (G.), 1978, I., chronique de droit bancaire, étude n° 2062, n° 49.

²⁰²² Voir en ce sens, le discours d'ouverture de Laurent Fabius prononcé à l'occasion de la conférence européenne des 11 et 12 décembre 2000, « Microcrédit entreprises : pour la croissance et l'emploi », in site Internet <http://www.minefi.gouv.fr>.

²⁰²³ Jean GICQUEL, « Droit constitutionnel et institutions politiques », 18e édition, Monchrétien, 2002, page 85. Voir aussi sur le thème, Jean - Pierre CLAVIER et François - Xavier LUCAS, « Droit commercial », Flammarion, 2003, page 242 et suivantes.

²⁰²⁴ *Ibidem*, page 83.

²⁰²⁵ *Ibidem*.

raison, qu'il n'y a aucune raison de faire jouer cette liberté pour les seuls demandeurs de crédit.

1077. Fragilité du fondement face au droit pour le banquier d'invoquer cette liberté. Il est vrai que cette liberté d'entreprendre peut et doit jouer tout autant pour le dispensateur de crédit. Celui-ci peut également invoquer le droit à s'auto-déterminer, à prendre les risques qu'il souhaite. Si bien que la liberté d'entreprendre semble être un concept bien fragile pour invoquer un quelconque droit au crédit, dans son octroi ou son maintien. Au final, seule une assise économique peut, à notre sens, servir de fondement à l'octroi ou au maintien du crédit. Cette assise devant se confondre avec une situation économique saine des individus qui demande l'octroi du crédit ou son renouvellement. La note score ou la cotation Banque de France peut alors parfaitement servir de révélateur et, s'il elle est bonne, permettre l'octroi ou le maintien du crédit²⁰²⁷. Dans cette dernière hypothèse l'emprunteur pourrait même invoquer, comme assise juridique, un certain devoir de loyauté ou de coopération du partenaire financier.

b./ Le devoir de coopération ou la théorie du solidarisme contractuel.

b-1 Exposé de la théorie.

1078. Devoir de coopération, de loyauté ou de bonne foi participent de la théorie dite du « solidarisme contractuel »²⁰²⁸. « Théorie qui, nous dit Denis MAZEAUD, au nom d'une certaine éthique contractuelle, se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et le respect de l'intérêt légitime de son partenaire, se déploie essentiellement dans les relations contractuelles de dépendance qui s'inscrivent dans la durée... »²⁰²⁹. Appliquée à la matière bancaire cette conception de la relation devrait imposer au banquier de prendre en compte l'intérêt et la croyance légitime de son partenaire à voir le crédit renouvelé ou continué.

1079. Promesse implicite de stabilité. En effet, si le crédit croyait légitimement au renouvellement du crédit, parce que d'autres étaient intervenus auparavant par exemple, et donc attendait de son banquier un soutien durable dans le financement de son activité, toute décision de non-renouvellement (ou de rupture) dans ces conditions pourrait être jugée comme abusive (si elle n'avait pas de justification économique véritable). « Le professionnel qui soutient une opération durable promet implicitement de contribuer à sa poursuite »²⁰³⁰. « Le banquier, en décidant de ne pas renouveler le crédit, ne doit pas seulement se soucier de ses propres intérêts, ni même voir dans sa décision que l'expression d'un consentement fourni à une convention déterminée, mais il doit aussi

²⁰²⁶ *Infra* n° 1119.

²⁰²⁷ Mais si elle est mauvaise, c'est le banquier qui serait fondé à ne pas octroyer ou à rompre la ligne de crédit.

²⁰²⁸ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuelle », *in* mélanges Jacques GHESTIN, 1999, page 441 et suivantes.

²⁰²⁹ « Le nouvel ordre contractuel », *Revue des Contrats*, 10/2003, page 295 et suivantes.

²⁰³⁰ Christian Atias, précité, n°19. En effet, celui-ci ne pouvait ignorer qu'à défaut du maintien du financement, au moins pendant un certain temps, l'affaire réussirait.

savoir que sa décision est aussi une position adoptée aux yeux de tous et qui, comme telle, suscite des attentes et fournit, au cocontractant en particulier, une importance donnée pour choisir ses positions, pour arrêter ses propres décisions. »²⁰³¹. Dans cette vision de l'engagement initial, la loyauté, la coopération contractuelle devrait fonder le droit au maintien de la relation.

b-2 Application de la théorie.

1080. Cas d'application du droit à la stabilité contractuelle. Un arrêt de la Cour de Cassation²⁰³² illustre assez bien ce point de vue. Ainsi, la Haute juridiction a approuvé un arrêt d'une Cour d'appel qui avait rejeté la responsabilité de la banque, « après avoir constaté que la banque avait refusé de maintenir ses crédits après l'expiration du terme pour lequel il avait été consenti, l'arrêt relève que la situation de la société débitrice était très obérée, qu'elle n'était pas parvenue à trouver les concours d'autres entreprises dans l'attente desquels le crédit avait été consenti, et que la poursuite du soutien par la banque aurait pu être tenue pour abusive ; dans l'état de ces constatations et appréciations... la cour d'appel a pu considérer que la banque n'avait pas commis de faute en ne renouvelant pas, une nouvelle fois, ses crédits ».

1081. Place du score dans l'obligation implicite de motivation de la décision. Dans cette décision la Cour rappelle que le banquier est libre de refuser de maintenir le crédit consenti jusqu'alors sous forme de contrat à durée déterminée. Mais, elle relève également que cette liberté n'est pas absolue et que le non-renouvellement doit être justifié. En l'espèce, la situation économique fortement dégradée, « situation... très obérée », à valider la décision de non-reconduction des crédits. *A contrario*, il faut considérer que si la situation avait été saine le banquier ne pourrait pas se désengager à défaut de faute du crédit. L'abus dans le non-renouvellement pourrait donc résulter de l'absence de motif sérieux de rupture ou de non-renouvellement²⁰³³. Dans un tel schéma, on peut alors penser que la note score ou la cotation Banque de France pour les entreprises, si elle se dégradait, puisse servir de motif légitime de rupture ou de non-reconduction du contrat. A l'inverse, si elle était bonne, elle pourrait servir à démontrer l'abus dans la non-reconduction ou la rupture du crédit. Cependant, une telle jurisprudence, même si elle paraît opportune, est perturbante au plan des principes.

2°Obstacle : l'absence d'obligation de motivation.

1082. Enoncé du principe. Car, il est également admis que celui qui souhaite rompre une relation, et *a fortiori* celui qui ne souhaite pas la renouveler, n'a jamais à donner les motifs qui l'ont conduit à prendre cette décision²⁰³⁴. C'est vrai dans le

²⁰³¹ *Ibidem*.

²⁰³² Cassation commerciale, 3 décembre 1991, Revue Banque, 1992, n° 532, page 842 et suivantes, observations Jean - Louis RIVES - LANGE ; Bulletin civil, IV, n° 368, page 255.

²⁰³³ En ce sens, Yves GERARD, précité, page 43.

²⁰³⁴ Voir sur ce principe, Christine LASSALAS, « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », Revue Droit et Patrimoine, 1998, page 65, 2nde colonne *in fine*.

domaine du droit des contrats, ça l'est encore plus dans le domaine bancaire où la relation est fondée sur la confiance. Le banquier dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire de rompre ou de ne pas reconduire le contrat de crédit. Et le devoir de coopération, de loyauté ou de bonne foi ne devrait pas aller jusqu'à introduire une obligation de motivation²⁰³⁵. La jurisprudence la plus récente est d'ailleurs très claire sur ce point.

1083. Un principe fermement confirmé par la jurisprudence. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi pu décider²⁰³⁶ qu'une société, qui avait choisi de ne pas maintenir un contrat arrivé à terme, « n'avait pas à donner de motifs au non-renouvellement du contrat... que ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus, et que l'examen des motifs de rupture... était inutile ». Cette dernière jurisprudence consacre indéniablement ici le droit absolu qu'a chacun des partenaires de ne pas maintenir une relation, soit en la rompant, soit en ne la renouvelant pas. D'une part, parce que celui qui ne reconduit pas la relation n'a pas à fournir les motifs de sa décision ; d'autre part, parce que, même s'ils étaient connus et non sérieux ou fallacieux, ils ne pourraient constituer un abus.

1084. Un principe ôtant l'intérêt d'une référence à un système de notation. On peut alors se demander si la jurisprudence qui admettait le contrôle des motifs de la rupture, lorsqu'ils étaient fournis²⁰³⁷, peut encore perdurer. Et nous voyons assez mal, dans ce cas, qu'elle pourrait être l'intérêt des notations type score ou cotation Banque de France. En effet, dès lors que la considération des motifs est indifférente, même si la note est excellente, le banquier pourrait décider, discrétionnairement, de ne pas maintenir la relation. La liberté d'arrêter la relation ou de ne pas la reconduire est donc absolue.

1085. Un principe contestable. Certains ont pu regretter une telle solution en estimant qu'une « obligation de motivation apparaît comme un contrepoids opportun au pouvoir unilatéral qu'un cocontractant exerce sur l'avenir économique de son partenaire, dans la mesure où elle lui impose d'exercer un tel pouvoir eu égard à la considération minimale des intérêts de ce dernier »²⁰³⁸. Nous pouvons le regretter également car le système des notations aurait pu constituer un véritable baromètre du légitime et de l'illégitime auquel les parties, et même les tiers qui se seraient engagés en pensant que leur partenaire avait le soutien d'une banque, auraient pu se référer afin de rechercher la responsabilité du banquier. Mais, comme nous allons maintenant l'aborder, à propos du

²⁰³⁵ « L'exigence de bonne foi ne conduit pas à imposer à l'auteur de la rupture qu'il justifie d'un motif légitime de rupture. Quelques juridictions du fond ont prétendu cependant exercer un contrôle des motifs. Cette tendance ne peut être admise car il n'appartient pas au juge... de se substituer à l'auteur de la rupture quant à l'appréciation de l'opportunité de la poursuite des relations contractuelles. Or, exiger un juste motif conduit nécessairement à porter une appréciation sur la valeur de celui-ci ». Jacques GHESTIN, précité, n°245. Dans le cas du banquier qui fonde sa décision sur le score ou la cotation Banque de France, cela pourrait alors conduire le juge à porter une appréciation sur la pertinence du score. Est-ce son rôle ? En a-t-il seulement les compétences ? La réponse ne peut être que négative.

²⁰³⁶ Cassation commerciale, 25 avril 2001, Droit et Patrimoine, 2000, page 109, observations Patrick CHAUVEL.

²⁰³⁷ Voir sur cette jurisprudence, Christine LASSALAS, précité, pages 65 et 66.

²⁰³⁸ Denis MAZEAUD, précité, page 316.

crédit excessif, les obstacles sont, actuellement, trop nombreux pour pouvoir affirmer que l'évolution se fera dans ce sens. Mais, cela n'exclut absolument pas d'en étudier le principe²⁰³⁹.

1086. L'intérêt des scores dans le cadre de l'appréciation de la responsabilité du dispensateur de crédit. En effet, comme nous avons pu le voir tout au long de notre discours, il est constant aujourd'hui que les établissements de crédit utilisent des informations type score pour prendre leurs décisions. Pourtant, il n'apparaît pas que ces modes d'évaluation de la dignité de crédit soient inscrits parmi les critères utilisés par la jurisprudence pour apprécier le degré de diligence dont aura fait preuve le banquier lors de la distribution du crédit. Or, ne serait-il pas opportun aujourd'hui, compte tenu du développement de ces techniques d'évaluation du risque, de mener une réflexion sur la place qu'elles pourraient ou devraient prendre lors de l'étude par le juge de la responsabilité bancaire lors de l'octroi ou du refus de crédit ? Le Professeur Jacques Béguin n'a pas hésité à aller encore plus loin en disant que, « L'idée nous est venue que le Droit devra sans doute un jour introduire, dans son dispositif, des modes d'évaluation du risque excessif, des concepts qui tiendront davantage compte de l'avancée des méthodes utilisées par les gestionnaires »²⁰⁴⁰. Ne revient-il pas à la jurisprudence d'initier le premier pas vers une prise en considération de cet état de la technique ? Finalement, c'est là poser le problème de la place à accorder aux systèmes d'évaluation de la dignité de crédit dans l'appréciation des diligences bancaires lors de la distribution du crédit. Peuvent-ils devenir, au travers les résultats qu'ils rejettent, des critères de la responsabilité bancaire pour octroi de crédit excessif ou de refus abusif ? Si oui, quelle place leur attribuer par rapport aux critères traditionnellement retenus par les tribunaux ? Peuvent-ils devenir des éléments prédominant dans la recherche de la responsabilité civile bancaire ? Ou plus modestement de simples indices de cette responsabilité ? Au contraire, ne doivent-ils pas demeurer dans le domaine exclusif de la compétence bancaire, et donc rester étranger à l'appréciation des juges ? C'est à toutes ces questions que nous nous proposons maintenant de répondre.

SOUS/CHAPITRE 2 DES CONSEQUENCES JURIDIQUES AU REGARD DE L'APPRECIATION DE LA RESPONSABILITE BANCAIRE.

1087. Les points de référence de la responsabilité. Au fil du temps, la jurisprudence a su fixer un corps de normes de nature à répondre au problème de la responsabilité pour octroi de crédits. A l'analyse de celle-ci on peut ainsi s'apercevoir que deux séries de paramètres sont pris en considération, et qui tiennent pour les uns à l'attitude du distributeur de crédit, pour les autres à celle du bénéficiaire du crédit lui-même

1088. Appréciation de la responsabilité et qualité du bénéficiaire du crédit.

²⁰³⁹ Certaines voix (M. Dutreill) s'élèvent déjà pour introduire une disposition dans le Code de la consommation qui devrait obliger les établissements de crédit à scorer les consommateurs. La méthode des scores trouverait ainsi une consécration législative dont il faudra tôt ou tard tenir compte.

²⁰⁴⁰ In colloque, « De l'endettement au surendettement des entreprises », observations conclusives, Gazette du Palais du 22 et 23 septembre 1999, page 58, 1^e colonne.

S'agissant de ce dernier, deux facteurs seront principalement étudiés par le juge de la responsabilité. Le premier s'attachant à la qualité du bénéficiaire du crédit. Contracte-t-il à titre professionnel, c'est-à-dire pour les besoins de son activité, et dans ce cas, il sera présumé apte à apprécier et connaître son risque et donc sa capacité à rembourser. Ou contracte-t-il en simple particulier, et dans cette hypothèse, c'est une présomption d'état d'ignorance ou de faiblesse intellectuelle à connaître et à apprécier son risque qui sera privilégiée.

1089. Appréciation de la responsabilité et crédit au particulier. Pour ce dernier, et tirant les conséquences de cette démarche, les tribunaux ont donc logiquement atténué, voire anéanti, la valeur de la volonté d'engagement de l'emprunteur au profit de la valeur d'engagement du prêteur²⁰⁴¹, engagement lui-même déterminé par référence à l'analyse de la dignité du crédit. Cette évolution ne pouvait donc que rejaillir sur l'appréciation de la responsabilité de l'établissement de crédit. En effet, puisque seuls ces derniers sont jugés aptes à apprécier le risque de l'emprunteur et l'opportunité d'octroi du crédit, leur responsabilité ne pouvait qu'être retenue plus aisément puisqu'à l'inverse du professionnel, le simple particulier, consommateur notamment, n'est ni censé connaître son risque, et bien pire, ni même censé pouvoir l'apprécier. En quelque sorte les juridictions ont fini par faire émerger de leur décision un mineur intellectuel incapable de se faire juge de ses propres intérêts et possibilités. Une telle conception correspond-t-elle à la réalité ? Pour notre part, nous ne l'affirmerons pas.

1090. Appréciation de la responsabilité et attitude de l'emprunteur. Il est en revanche certain que l'attitude de l'emprunteur²⁰⁴², et c'est là un second paramètre pris en considération pour le juge, joue un rôle important dans l'appréciation de cette responsabilité. Cette attitude c'est celle qu'aura adoptée l'emprunteur lors de la fourniture des renseignements à l'établissement de crédit²⁰⁴³. Aura-t-il manqué de sincérité et de loyauté ? Et alors ce comportement sera alors jugé fautif et affranchira le banquier de toute responsabilité, celui-ci ne pouvant, dans ce cas, apprécier correctement la capacité de remboursement de la personne. Aura-t-il, à l'inverse, fourni, lors de la demande de crédit, des renseignements complets et exacts ? Et c'est cette fois l'attitude du banquier que les juges chercheront à caractériser.

1091. Appréciation de la responsabilité et comportement du banquier. Cette attitude sera observée sous le prisme d'une obligation principale mise à la charge du banquier par nos juridictions, et exprimée indifféremment sous les vocables devoir de prudence ou devoir de vigilance. Devoir qui se décline lui-même en deux sous obligations : celle de s'informer et celle de discernement ou de circonspection.

1092. Obligation de s'informer. La première, consacrée depuis longtemps par les tribunaux, vise à faire peser sur le banquier dispensateur de crédit un minimum de

²⁰⁴¹ En ce sens, voir Bruno OPPETIT, « L'endettement et le droit », Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, page 310.

²⁰⁴² Particulier ou professionnel.

²⁰⁴³ Sur cette question, voir *supra* n° 208 et suivants.

diligences dans la recherche d'informations sur le candidat à l'emprunt, sur sa situation économique, financière... telles que, notamment, la consultation des fichiers d'incidents de paiement, la demande de fourniture des documents comptables, financiers..., éventuellement la visite sur les lieux pour les crédits aux entreprises... En somme, toutes les démarches que nous avons pu voir et commenter abondamment dans notre première partie, et qui doivent permettre au banquier d'obtenir le maximum d'informations (de qualité) sur la dignité de crédit du demandeur. Informations qui, une fois triées et traitées grâce aux différentes techniques d'évaluations que nous avons également pu évoquer, devront permettre au banquier d'exercer son discernement.

1093. Obligation de clairvoyance économique. C'est là une seconde obligation (de base) qui est mise à la charge du banquier, et qui doit l'incliner à refuser d'accorder des prêts inadaptés aux capacités de remboursement des emprunteurs. L'on comprend alors que cette obligation de discernement est totalement indissociable de l'obligation de s'informer. A reprendre les paroles du Professeur Jean STOUFFLET, « Le banquier doit pour exercer son discernement, interpréter les données qu'il a rassemblées et, en fonction de l'appréciation qu'il a du risque, décider »²⁰⁴⁴. En effet, il nous semble qu'il ne faut pas confondre obligation de s'informer et récolte d'informations. Si la première expression englobe à coup sûr la seconde, l'inverse n'est pas vrai. Effectivement, l'on peut parfaitement récolter de multiples informations mais sans jamais en tirer la substantifique moelle, soit par négligence, soit par manque de moyens matériels, humains ... Dans ce cas, peut-on dire que le banquier sera informé et capable d'exercer son discernement ? Assurément non. Certes, il aura par cette démarche accompli une partie du devoir de s'informer, celle exigeant du banquier qu'il exécute un minimum de démarches pour rechercher l'information brute²⁰⁴⁵, mais qui sera forcément incomplète faute d'avoir « interprété les données », critère de l'information pertinente et réelle. Nous pouvons donc conclure qu'il existe finalement un double degré d'information : l'information brute et l'information traitée ou interprétée²⁰⁴⁶. Seule cette dernière permettant le jugement, le discernement ou, autrement dit, la décision éclairée. C'est donc bien à cette interprétation²⁰⁴⁷ à laquelle il faut se référer si l'on veut répondre à la question de la responsabilité du banquier. Plus précisément encore, ce sont aux moyens mis en oeuvre pour interpréter les données qu'il faut se reporter.

1094. Problématique. Or, nous avons pu voir au cours de nos développements précédents que les établissements de crédit, à coté de l'analyse classique, avaient mis au point des modes d'évaluation plus fins à l'instar du crédit-scoring. La question que nous

²⁰⁴⁴ Jean STOUFFLET, « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », in, « Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de la banque », *Economica*, 1978, page 33 ; voir pour une illustration récente de cette nécessité, cassation commerciale, 27 janvier 2001, *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, juillet 2001, décision n° 800, page 74.

²⁰⁴⁵ Mais, aussi parfois traitée telle que la cotation ou les scores Banque de France.

²⁰⁴⁶ Voir sur cette distinction, notamment *supra* n° 20, 40 et 54.

²⁰⁴⁷ Et aux suites logiques en termes de décision et de discernement auxquels elle aurait ou devrait mener.

nous proposons de résoudre ici est donc de savoir si, aujourd'hui, ces nouveaux modes d'évaluation intègrent ou non l'appréciation que fera le juge de la connaissance que pouvait avoir le banquier de la situation de l'emprunteur lors de l'octroi du crédit²⁰⁴⁸ (section 1). Cette première analyse nous conduira alors à constater qu'il existe un décalage évident entre, d'une part, la pratique bancaire qui use largement de ces méthodes d'évaluation, et, d'autre part, la pratique judiciaire qui, dans sa mission qui lui est confiée, ignore totalement la technique des scores. Ce constat ne pourra que nous inciter à poser une autre question et qui sera de savoir si, demain, le juge de la responsabilité pourra et devra davantage prendre en considération ces nouveaux modes d'évaluation de la dignité de crédit, afin que ce décalage entre état de la technique bancaire et état de la jurisprudence actuelle soit comblé (section 2).

SECTION 1 L'appréciation des diligences bancaires.

1095. Démarche. En France, lorsque le juge a à se pencher sur la question de la responsabilité bancaire pour octroi (ou refus) de crédit à un professionnel ou à un particulier, il doit chercher systématiquement à caractériser la faute de l'établissement de crédit. En effet, sans faute il ne peut y avoir de responsabilité possible. Et, dans le cadre de la distribution du crédit, le critère principal de la faute réside, nous dit-on, dans l'information et son traitement²⁰⁴⁹ : « l'information que la banque omet de recueillir, celle qu'elle recueille mais interprète mal, celle qu'elle interprète bien mais sans en tirer les conséquences qui s'imposaient à toute autre banque placée dans les mêmes circonstances »²⁰⁵⁰. De cette formule, au demeurant fort pertinente, il résulte que la faute dans l'octroi de crédits s'apprécie par rapport à trois points de référence. D'une part, par rapport aux diligences qu'aura mis en œuvre l'établissement de crédit pour se tenir informé. D'autre part, par référence au discernement, à la clairvoyance dont il aura fait preuve dans l'analyse de la situation compte tenu des éléments d'information qu'il aura

²⁰⁴⁸ Référence à laquelle les textes invitent, au moins dans le cas des crédits distribués aux particuliers, si l'on s'en reporte à l'article L. 331-7 du Code de la consommation selon lequel le juge peut, via la passerelle de l'article L. 332-2, « prendre en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur. (Et) peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels ». Cette connaissance ne peut-elle pas être donnée par le résultat score ? C'est un point qui ne peut être contesté dans le cas des octrois de crédit en mode prescription. Dès lors, indirectement, et du fait de l'évolution des techniques permettant la connaissance des situations par le banquier, la législation actuelle n'incite-t-elle pas le juge à prendre en considération le score dans l'appréciation de la responsabilité ? Voir sur ces dispositions Sophie GJIDARA, « L'endettement et le droit privé », précité, n° 448 ; François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », précité, n°343, page 242 ; Michel GAUDIN, « Le crédit aux particuliers », précité, page 172 ; J. - M. GRANIER, « Le surendettement des particuliers et des familles : bilan de 4 années de jurisprudence de la Cour de cassation », Revue de la Concurrence et de la Consommation, n° 79, mai-juin, 1994, page 62 ; Jacqueline JAMET, « Le surendettement des particuliers », Monchrétien, 1990, n°165 et suivants.

²⁰⁴⁹ Francis-Jean CREDOT, « Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises », Les Petites Affiches, 7 juillet 1993, n° 81, page 13, 2e colonne.

²⁰⁵⁰ « La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé », sous la direction de Lucien Simont et André Bruyneel, Féduci, 1984, page 230.

recueillis par ailleurs. Enfin, la faute sera appréciée par comparaison au comportement du banquier normalement diligent et compétent placé dans des circonstances similaires²⁰⁵¹. C'est une analyse *in abstracto* qui est faite par le juge. C'est-à-dire que ce dernier analysera les diligences du banquier par référence aux normes habituelles du jugement bancaire²⁰⁵². La jurisprudence exige effectivement que le banquier doit normalement être diligent et soucieux du respect des règles et habitudes professionnelles en matière de distribution du crédit²⁰⁵³. « Lorsqu'il exerce sa profession au mépris de ces règles et habitudes il commet alors une imprudence fautive »²⁰⁵⁴.

1096. Inexistence d'un code des diligences à suivre. La difficulté en la matière est qu'il n'existe pas véritablement un *corpus* de règles professionnelles auquel le juge puisse faire référence pour déterminer précisément et à coup sûr la faute du dispensateur de crédit²⁰⁵⁵. « En tout cas, il n'existe pas un texte reflétant la déontologie de la banque, un code de bonne conduite, en sorte que, chaque fois qu'une juridiction doit rechercher et dire si tel ou tel banquier a méconnu un devoir ou abusé d'un droit, elle statue au coup par coup, sans disposer le plus souvent de référence législative ou réglementaire, ce qui risque de donner une impression d'arbitraire »²⁰⁵⁶. Face à l'absence de règles précises²⁰⁵⁷, la jurisprudence a donc dû elle-même définir ce qu'elle entendait par banquier normalement diligent. Le niveau de diligence exigé du banquier relève donc d'une construction jurisprudentielle. Cependant, il faut se méfier des termes, car si c'est bien la jurisprudence qui semble aujourd'hui fixer les limites à la liberté de décision du banquier, n'oublions pas qu'elle le fait toujours par référence au *bonus paterfamilias* ou au *bonus argentarius*, et donc nécessairement par référence aux usages et aux pratiques de la profession²⁰⁵⁸.

²⁰⁵¹ En ce sens, voir Francis-Jean CREDOT, précité, page 13, 3e colonne.

²⁰⁵² *Ibidem*, page 10, 3e colonne.

²⁰⁵³ Guy-Auguste Likillimba, « Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté », *Litec*, 1997, n° 39 bis.

²⁰⁵⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵⁵ A l'inverse d'autres pays, notamment la Pologne. Voir sur les règles établies dans ce dernier pays, Jerzy RAJSKI, rapport sur « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit », in travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXV, « La responsabilité du banquier : aspects nouveaux », page 193 et suivants. Voir sur cette absence de règles, Jean-Luc DUMONT, « Apprécier la responsabilité du banquier », *Revue Banque*, n° 548, mai 1994, page 55, 3e colonne.

²⁰⁵⁶ Intervention de Monsieur MONGUILAN in colloque « Rôle et responsabilité des banques », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 9 - 10/1977, page 305. A ce même auteur d'ajouter, « Voilà pourquoi me paraîtrait souhaitable la rédaction d'une sorte de code de déontologie du banquier, auquel le juge pourrait se référer ».

²⁰⁵⁷ Ce qui n'est, « sans doute ni possible, ni souhaitable. Impossible parce que... l'appréciation du risque comporte une part irréductible de subjectivité ; elle n'est point entièrement codifiable. Peu souhaitable dans la mesure où l'automatisme de décisions enserrées dans un réseau de données impératives, pourrait se retourner contre les demandeurs de crédit », Jean STOUFFLET, « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », in, « Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de la banque », *Economica*, 1978, page 32.

1097. Plan. A partir de là l'on comprend aisément que la faute dans la distribution du crédit doit être appréhendée principalement au regard de l'usage bancaire (I). Après quoi il restera à vérifier dans quelle mesure les normes professionnelles se retrouvent dans l'appréciation de la faute par la jurisprudence (II).

I Usages et pratiques bancaires dans la décision d'octroi ou de refus du crédit.

1098. Le préalable à la décision. Avant de prendre toute décision sur l'octroi ou le refus d'un crédit, l'établissement de crédit va prendre certaines précautions afin de savoir si le crédit sera et pourra être remboursé. En effet, le banquier normalement diligent ne s'engage jamais à la légère. Aussi, pour prendre sa décision, c'est-à-dire pour exercer son discernement, celui-ci cherchera à s'informer sur la situation de l'emprunteur. Cette information, nous l'avons vu, ressort tant de données brutes qu'il aura pu recueillir auprès des différentes sources d'informations dont il dispose que de leur mise en forme, de leur traitement sous forme plus ou moins synthétique. L'information et son traitement constituent donc pour le bon professionnel les étapes nécessaires d'une prise de décision éclairée. La norme de référence doit donc être établie à l'aune des diligences que ce professionnel aura accompli ou aurait dû accomplir. Or, précisément lorsqu'un établissement de crédit a à prendre une décision comment opère-t-il généralement ? Quels mécanismes met-il en oeuvre pour exercer son discernement ? A quelles normes se réfère-t-il dans l'analyse d'un dossier de demande de crédit ? La réponse à ces questions est d'importance, car elle permettra de fixer l'état de la pratique bancaire en matière de distribution du crédit. Et, par voie de conséquence, la norme qui devrait guider le juge dans l'appréciation de la faute lors de l'octroi d'un crédit.

1099. Démarche. Bien évidemment, notre première partie ayant été exclusivement consacrée à l'établissement de l'état de la technique bancaire en matière d'analyse de la dignité de crédit, il devient ici hors propos de revenir sur celle-ci. Notre objectif ici n'est pas de présenter de nouveau ces techniques d'analyse de la dignité d'un emprunteur, mais de montrer quel est l'état actuel de la pratique en matière de décision de crédit. Le but de cette étude (préalable) est de montrer quels points sont considérés par la majorité de la pratique bancaire actuelle comme indispensables à l'exercice d'une décision saine et éclairée ; quelles démarches qui, si elles ne sont pas exécutées, seront considérées ou susceptibles d'être considérées par le bon professionnel comme fautives.

1100. Plan. Lorsque les établissements de crédit ont affaire à une demande de crédit, qu'elle soit issue d'un professionnel ou d'un simple particulier, l'usage démontre qu'ils s'attachent toujours²⁰⁵⁹ à rechercher la dignité passée du demandeur, sa situation financière actuelle, sa capacité de remboursement (B), ainsi que sa volonté de remboursement (A). Et, pour apprécier ces éléments, nous l'avons vu, les établissements de crédit procèdent soit par voie traditionnelle, soit par le biais de procédures

²⁰⁵⁸ Lesquelles évoluent en fonction de la jurisprudence. Voir sur ce phénomène d'interdépendance, Jean-Luc DUMONT, « Apprécier la responsabilité du banquier », précité, page 55, 3e colonne.

²⁰⁵⁹ Du moins tel devrait être le cas.

automatisées, soit plus fréquemment, par une combinaison subtile des deux premiers modes d'évaluation de la dignité²⁰⁶⁰.

A L'analyse du comportement du demandeur et de sa volonté de payer.

1101. Référence au passé. Lorsque le banquier s'apprête à consentir un crédit, il cherche toujours à se renseigner sur le passé financier de l'individu. Ce qui revient à savoir si ce dernier a déjà contracté de tels engagements et surtout s'il les a bien remboursés. Pour cela nous savons que les établissements de crédit ont à leur disposition des sources de renseignements privilégiées que sont l'accès aux fichiers publics tels que le FICP pour les crédits aux particuliers, et notamment le Fiben pour le crédit aux entreprises. L'utilisation des fichiers internes n'est évidemment pas à exclure pour la connaissance de ce passé financier, mais cette consultation demeure comme nous l'avons vu²⁰⁶¹, limitée aux clients ou aux anciens clients de l'établissement de crédit ou du réseau en cas de fichiers interbancaires. La pratique démontre alors que les fichiers publics, de par leur champ d'application *ratione personae* et *materiae*, sont bien plus souvent, pour ne pas dire systématiquement, consultés par le dispensateur de crédit²⁰⁶². L'affirmation est vraie s'agissant des crédits aux particuliers²⁰⁶³, mais elle l'est tout autant s'agissant des crédits aux entreprises.

²⁰⁶⁰ Les développements qui suivront seront principalement guidés par référence à l'ouvrage de Jean MATOUK, « Systèmes financiers : français et étrangers », tome 1 : « Banques », Dunod, mai 1991, page 603 et suivantes.

²⁰⁶¹ Voir *supra* n° 183 et suivants.

²⁰⁶² Mais, elle n'est pas encore obligatoire comme dans certains pays. En Belgique par exemple la consultation du fichier des incidents est obligatoire pour les crédits à la consommation. Voir sur cette question, Marie-Claude BARRET-BARNAY, « L'octroi de crédits en droit comparé », *in* colloque du 19 mai 2000 organisé à Dijon consacrée à, « La loi sur le crédit à la consommation à l'épreuve des nouvelles pratiques de distribution du crédit ». Voir aussi sur cette obligation site Internet http://mineco.fgov.be/protection_consumer/Credit/Credit_fr.htm # P170_10896. A défaut de consulter le fichier il est alors bien évident que l'établissement de crédit commettra une faute. Cette dernière constituera alors un indice grave de sa responsabilité dans l'octroi du crédit à une personne indigne. Car, si l'établissement de crédit est obligé de consulter le fichier il demeure libre de prendre en compte l'information consultée dans sa décision d'octroi ou de refus du crédit. Le fait d'octroyer un crédit à une personne fichée pourrait donc ne pas entraîner, *ipso facto*, la mise en responsabilité, notamment si d'autres circonstances ont pu justifier l'octroi, mais ce sera à la condition que l'établissement de crédit ait consulté au préalable le fichier. Or, en France il n'est pas interdit de raisonner de la même façon, même si la consultation du FICP n'est pas obligatoire. En effet, la non-consultation ne doit-elle pas être considérée pareillement comme un indice grave de la responsabilité de l'établissement de crédit ? Un manque de diligence certain, lorsqu'on sait que la très grande majorité des établissements de crédit consulte effectivement le FICP. Les juridictions devraient donc pouvoir demander aux établissements de crédit la preuve de la consultation du FICP lors de l'octroi ou du refus du crédit, afin de déterminer leur part de diligence dans l'instruction du dossier et, par prolongement, leur responsabilité dans l'octroi du crédit. Une telle obligation s'intégrerait d'ailleurs parfaitement dans le cadre de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs, consacrant, dans son article 9, la notion de « Prêt responsable ». Com (2002) 443 final, page 16. « Le principe du « prêt responsable » constitue, nous dit la Commission, une obligation de moyens, qui se traduit notamment par la consultation de bases centralisées de données... ». Consultation dont l'établissement de crédit devra conserver trace, Com (2002) 443 final, page 15 *in fine*.

1102. Importance de la cotation Banque de France. Nous savons effectivement que pour cette dernière catégorie d'individus la cotation de la Banque de France revêt une importance considérable et dont les établissements de crédit se détachent rarement. L'appréciation émise par la Banque de France sur l'entreprise ou le dirigeant n'a pas juridiquement le caractère de norme de droit, elle est en revanche érigée depuis longtemps en véritable norme de fait par la pratique. En effet, rares seront les établissements de crédit qui se risqueront à prêter de l'argent à une entreprise mal cotée au Fiben. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette attitude. D'une part, parce que le refinancement des crédits octroyés n'est assuré que pour les entreprises cotées 3 par la Banque de France. Ainsi, en pratique peu de banques se risqueront à s'écarter de cette norme. D'autre part, parce que la cotation Banque de France est considérée par l'ensemble de la profession comme un indicateur du risque fort pertinent. Enfin, et peut-être eu égard à ces deux premiers motifs, la cotation Banque de France est devenue une véritable norme professionnelle de prudence et de diligence. Ainsi, celui qui accorderait un crédit en méconnaissance d'une mauvaise appréciation d'une entreprise par la Banque de France pourrait voir sa responsabilité civile engagée²⁰⁶⁴.

1103. Cotation Banque de France et norme de comportement. Sur ce point certaines décisions de justice, intervenues en matière d'avis aux cédants et d'écart de signature édictés par la Banque de France, sont venues stigmatiser cette pratique.

1104. Avis aux cédants et norme professionnelle. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 22 avril 1980²⁰⁶⁵ a considéré que la Cour d'appel a retenu, « à bon droit que les avis aux cédants, édictés par la Banque de France sans référence à des textes émanés des pouvoirs législatifs ou exécutifs, n'avaient pas le caractère réglementaire » mais, en statuant dans le litige tendant à mettre en jeu la responsabilité de la banque qui ne s'était pas conformée à ces avis, « sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions dont elle était saisie, d'une part si lesdits avis avaient créé une norme professionnelle imposant une obligation de prudence et de diligence dont la violation constituerait une faute et, d'autre part, si la banque avait agi en connaissance de

²⁰⁶³ Voir en ce sens, Jean-Claude NASSE, « Les atouts du crédit renouvelable », *in* colloque du 19 mai 2000 organisé à Dijon, précité, selon lequel, « L'établissement de crédit ne prête que s'il a des chances sérieuses d'être remboursé [...]. Pour se prémunir contre ces risques, le prêteur procède à une sélection initiale, c'est-à-dire la consultation du fichier tenu par l'établissement et du FICP... ». Voir aussi site internet SOFINCO, « Tout le monde peut obtenir un crédit à la consommation à condition d'être majeure, de percevoir des revenus stables et de résider en France. Une restriction cependant : les personnes inscrites au fichier des incidents de paiement ne sont pas autorisées à solliciter un crédit, ni même en principe à recevoir des documents ou des renseignements sur le crédit ». Voir également sur la consultation du FICP, Bernard DROT, *in* journée d'études de Dijon précitée.

²⁰⁶⁴ Voir sur ce point, Bernard SOINNE, « L'écart de signature par la Banque de France et les procédures collectives de redressement du droit commercial », *JCP (CI)*, 1984, II, n° 14177, n° 36 et n° 38 notamment.

²⁰⁶⁵ Voir sur cette décision, Bernard BOULOC, *Gazette du Palais*, 1982, jurisprudence, page 59 et suivantes ; Michel VASSEUR, « Le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles », *Dalloz-Sirey*, 1981, chronique, page 25 et suivantes ; Michel Cabrillac et Jean-Louis RIVES-LANGE, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1981, chronique de jurisprudence, pages 118 et 119, n° 7 ; Jean STOUFFLET et Christian GAVALDA, *JCP*, I, 1981, n° 3048, n°1 et 2 ; François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », édition Litec, 2001, n° 6, page 7.

cause, elle n'a pas donné de base légale à sa décision ».

1105. Ecart de signature et norme de comportement. Une ordonnance de référé du président du Tribunal de commerce de Blois²⁰⁶⁶, intervenue, elle, en matière de décision de retrait de signature prise par les services de la Banque de France, a retenu que : « La décision de la Banque de France d'écarter une signature, si elle ne crée pas une stricte interdiction aux organismes de crédit d'accorder leur concours aux sociétés concernées, a acquis, au cours du temps, la qualité et la nature d'une norme professionnelle de prudence et de diligence rarement transgressée »²⁰⁶⁷. Il est vrai, comme l'a dit cette dernière décision, qu'en droit les appréciations de la Banque de France ne lient pas les établissements de crédit quant à l'octroi ou au refus d'un crédit²⁰⁶⁸. Quoi qu'on puisse en douter à l'analyse rigoureuse de la décision du 22 avril 1980.

1106. Décisions de la Banque de France et normes de fait. Nous partageons ici totalement l'idée développée par le Professeur Jean STOUFFLET selon lequel, « Il peut paraître plus surprenant que la Cour de cassation estime... que les avis aux cédants de la Banque de France peuvent créer une norme professionnelle dont la violation constituerait une faute... Ainsi, poursuit-il, on voit mal comment un avis aux cédants qui ne présente ni les caractères d'un règlement, ni ceux d'un usage, peut imposer des obligations dont la méconnaissance est fautive. Dès lors, admettre comme le fait la Cour de cassation que les avis aux cédants sont susceptibles de constituer de véritables normes, imposant à leurs destinataires, contre leur volonté des devoirs juridiques, revient à reconnaître aux organismes disposant d'une situation économique privilégiée, un véritable pouvoir normatif, du seul fait de cette situation, et en dehors de toute délégation légale. »²⁰⁶⁹. Il nous semble dès lors quelque peu hypocrite de la part de la Cour de cassation d'affirmer dans un premier temps que les appréciations de la Banque de France n'ont pas de caractère réglementaire, puis, dans un second temps, que leur violation peut constituer une faute.

1107. Les opinions de la Banque de France ou la codification du comportement bancaire. Il est dès lors bien entendu, outre les autres raisons que nous avons pu citer, que tout banquier normalement diligent suivra l'opinion émise par la Banque de France. En effet, à reprendre les paroles de Bernard SOINNE²⁰⁷⁰, « Le système établi aboutit à une véritable codification des obligations des différents établissements financiers en fonction des constatations et des appréciations faites par la Banque de France [...]

²⁰⁶⁶ En date du 23 novembre 1982. Voir sur cette ordonnance, Bernard SOINNE, précité.

²⁰⁶⁷ *Ibidem*, n° 24.

²⁰⁶⁸ Voir sur ce point, la réponse du ministre de l'économie à une question du député Jacques MASDEU-AVRUS, Assemblée nationale, 12 octobre 1998, n°41, page 5543, selon lequel la cote attribuée aux dirigeants d'entreprise, « ne saurait lier l'établissement de crédit, qui demeure libre de consentir ou non un concours à une entreprise ou à un particulier. L'établissement prêteur dispose en effet de sa propre grille d'analyse et peut faire usage de multiples sources de renseignements avant de prendre sa décision d'octroi ou de refus », 19e rapport d'activité de la CNIL, 1998, pages 317 - 318 ; voir aussi sur ce point, 18e rapport d'activité de la CNIL, 1997, page 421 et suivantes ; Bernard SOINNE, précité, n° 23.

²⁰⁶⁹ Référence précitée, n°2. En ce sens, voir aussi Bernard SOINNE, précité, n° 41.

L'instruction sur les services de renseignement a pour conséquence de créer la mesure des obligations de prudence et de diligence incombant à chaque établissement de crédit. Toute décision de maintien ou d'octroi de crédit se trouve ainsi directement concernée »²⁰⁷¹. Dans ces conditions, « quel établissement oserait transgresser une appréciation sous forme de prescription exprimée par la Banque centrale »²⁰⁷². Cela ne doit donc pas surprendre que dans la pratique quotidienne de la distribution du crédit, la cotation Banque de France soit quasi systématiquement prise en considération dans la décision finale, et qu'au surplus elle y prenne une place prépondérante. On peut donc dire aujourd'hui que les établissements de crédit ont pris l'habitude avant toute décision d'octroi ou de refus de crédit de consulter les fichiers publics afin de connaître le passé du demandeur de crédit. Et, cette ou ces consultations ne sont pas de pure forme mais constituent parfois l'élément déterminant de la prise de décision.

1108. Impact sur la responsabilité. En effet, rares seront les établissements de crédit qui accorderont un crédit à un particulier fiché au FICP. De même que rares seront les banquiers qui se risqueront à octroyer un crédit à une entreprise mal cotée à la Banque de France. Il devrait donc être légitime que lors de l'appréciation de la responsabilité du banquier, les informations portées sur ces fichiers soient érigées en critère essentiel de cette responsabilité. Nous verrons plus en avant ce qu'il en est exactement. En revanche, à défaut d'indications contraires, l'établissement de crédit cherchera à approfondir l'analyse en s'intéressant cette fois à la situation financière et à la capacité de remboursement du demandeur. On aura donc pu remarquer que les informations contenues dans les fichiers constituent davantage un critère du rejet de la demande qu'un critère de l'octroi.

B La prise en compte de la situation financière et de la capacité de remboursement de l'emprunteur.

1109. La nécessité de l'analyse. La prise en considération de la situation financière et de la capacité de remboursement sont deux étapes interdépendantes préalables et nécessaires à tout octroi ou refus de crédit. Les établissements de crédit en ont bien conscience et procèdent systématiquement à ce type d'analyse. En effet, n'oublions pas que le banquier a tout aussi intérêt que l'emprunteur, si ce n'est plus²⁰⁷³, à ce que le crédit soit remboursé en temps et en heure. Pour cela, nous l'avons vu, le banquier emploie différentes méthodes qui pourront l'aider à apprécier au plus juste la situation financière et la capacité d'endettement de la personne. Et, quelles qu'elles puissent être, toutes reprennent finalement un tronc commun de critères, qui varient selon l'objet et la nature du crédit et suivant le destinataire du crédit : particulier (1°) ou professionnel (2°).

²⁰⁷⁰ A propos des différentes cotations de la Banque de France et des fichiers qu'elle établit (centrale des bilans, centrale des risques...), voir *supra* n° 61 et suivants.

²⁰⁷¹ Bernard SOINNE, précité, n° 36.

²⁰⁷² *Ibidem*.

²⁰⁷³ La bonne tenue de son compte d'exploitation en dépend et donc sa survie également.

1° Dans le crédit aux entreprises.

1110. Analyse de la situation du passé. S'agissant de cette dernière catégorie de personnes, l'établissement de crédit appréciera la capacité financière de l'entreprise, et donc le risque qu'il pourra prendre, au regard des éléments sortis, notamment, du bilan et du compte de résultat. Ainsi, le banquier normalement diligent s'attachera avant tout à apprécier la réelle valeur de l'entreprise et ce par réévaluation, actualisation de certains postes du bilan. De même, pour apprécier cette capacité financière il établira²⁰⁷⁴ un certain nombre de ratios qui seront comparés à d'autres censés retracer une saine capacité financière²⁰⁷⁵. En pratique, et même s'il n'existe pas de règles strictes en la matière, les établissements de crédit ont pris l'habitude de se référer systématiquement à un certain nombre de ratios jugés pertinents, tels que ceux relatifs à l'endettement de l'entreprise par rapport à ses fonds propres, au poids de ses frais financiers par rapport à son chiffre d'affaires, à la capacité à secréter la trésorerie nécessaire au remboursement du crédit... et comparés à ceux du secteur dont relève l'entreprise²⁰⁷⁶.

1111. Etude du futur prévisible. L'analyse financière actuelle est également complétée dans la pratique bancaire par une analyse future. L'on parle de « prévisionnels ». Ces derniers ayant pour objet d'anticiper les recettes en fonction de la situation globale prévisible de l'entreprise et du projet qui est éventuellement financé par le crédit. Il faut cependant être prudent sur ce que peut révéler le prévisionnel. En effet, comme son nom l'indique, il ne s'agit que d'une anticipation sur l'avenir, une prédiction en quelque sorte, qui sauf à disposer du don d'augure, ne doit pas, et n'est pas, en pratique pris pour argent comptant par les établissements de crédit²⁰⁷⁷. Nous ne pouvons donc pas affirmer qu'il y existe une réelle pratique en ce domaine, sauf peut-être celle qui

²⁰⁷⁴ Aidé en cela par l'entreprise elle-même puisque, « nous demandons neuf fois sur dix à nos clients de nous fournir des éléments d'appréciation rapides, et plus synthétiques, sur l'évolution en cours d'exercice de leurs comptes, de leur situation, ce qu'on appelle maintenant les covenants dans les contrats de crédit, ratios d'endettement, ratios de fonds propres, évolution prévisionnelle de la trésorerie, etc. », Daniel LEBEGUE, « L'information légale financière : perspective française dans un contexte international », JCP (E), 1994, I, page 443, 2e colonne. Plus qu'une information, ces covenants obligent concrètement l'entreprise à respecter certains seuils préalablement fixés par le banquier ou avec le banquier afin d'assurer la bonne sortie du crédit. Etablis par contrat on peut imaginer que le non-respect de ces covenants puissent justifier la rupture du crédit ou la modification des conditions de l'octroi.

²⁰⁷⁵ Soit par référence aux ratios passés de l'entreprise, soit par référence à des ratios type tels que calculés par la Banque de France, et consultables via la centrale des bilans. Sur ce point, voir *supra* n° 271 et suivants.

²⁰⁷⁶ Voir Francis-Jean CREDOT, précité, pages 10 et 11. Voir aussi Jean Luc DUMONT, précité, page 55 notamment, pour qui les ratios les plus fréquemment suivi par les banquiers sont bien connus : Endettement à terme/fonds propres normal si < 1 ; Endettement total bancaire/fonds propres normal si < 2,5 ; Endettement à terme/autofinancement normal si < 4 ; Endettement à court terme des comptes clients/comptes clients normal si < 80 % ; Fonds propres/total bilan normal si > à 20 % ; Frais financiers/CA normal si < 4 % ; Frais financiers/EBE normal si < 50 % ; Fonds de roulement/valeurs d'exploitation ou/total du bilan ou/CA, selon le secteur.

²⁰⁷⁷ Voir sur cette question, Jean MATOUK, précité, page 607.

consisterait à en demander la communication.

1112. De la difficulté à fixer le seuil de la capacité de remboursement. Après cette première phase, le banquier détermine quelle est la capacité de remboursement de l'entreprise. C'est-à-dire sa capacité à rembourser les échéances du prêt en fonction, notamment, des recettes présentes et futures. La détermination de cette capacité est importante car de celle-ci dépend la bonne ou la mauvaise sortie du crédit. Si le banquier surestime celle-ci, il s'expose à la perte d'une partie du capital et des intérêts, mais aussi, comme nous le verrons, à une mise en responsabilité civile en cas de crédit excessif. La difficulté est qu'il n'existe aucun seuil préalablement fixé. Sur ce point on ne peut dire qu'il existe une pratique bancaire fixant par exemple le seuil d'endettement à 10%, 30 % ou 40 %, et au-delà duquel il serait déraisonnable d'octroyer le concours financier. Le banquier recherche certes à proportionner son effort par rapport à cette capacité de remboursement, mais il n'est jamais dit à partir de quel seuil d'endettement un crédit est proportionné par rapport aux revenus de l'entreprise. Sur ce point donc la pratique bancaire ne fixe aucune norme de référence, si ce n'est celle qui fixe le principe que le crédit doit être adapté aux capacités de remboursement et la situation financière de l'entreprise. Ceci laisse une large part d'appréciation au juge. Pour les particuliers il semble, au dire de certains, que les choses soient quelque peu différentes.

2° Analyse de la situation financière et de la capacité de remboursement des particuliers.

1113. L'existence d'un seuil de 30% d'endettement comme norme de comportement. L'analyse apparaît ici beaucoup plus simple que pour les entreprises. En effet, la situation financière sera déterminée par référence au patrimoine net, obtenu par soustraction des dettes à l'ensemble des avoirs d'une personne. A partir de là sera calculé le revenu disponible qui permettra de fixer la capacité de remboursement ou d'endettement de l'individu. Actuellement, certains²⁰⁷⁸ estiment qu'un seuil raisonnable d'endettement peut être fixé aux environs de 30 % des revenus disponibles. Ce seuil a d'ailleurs été relayé par une jurisprudence de la Cour de cassation en date du 4 juillet 1995 qui a approuvé la Cour d'appel lorsqu'elle est venue dire « qu'il convient d'examiner la responsabilité du banquier au regard de l'usage reconnu et pratiqué par tout le système bancaire, en matière de prêt aux particuliers, selon lequel l'endettement ne doit pas dépasser le tiers des ressources de l'emprunteur »²⁰⁷⁹. Apparemment donc la pratique bancaire appliquerait effectivement ce taux d'endettement. Nous n'avons, pour notre part, pas pu vérifier qu'une telle pratique existait, ni même qu'elle n'existait pas. Pour autant, il est possible d'imaginer que pour certains crédits (crédits immobiliers²⁰⁸⁰) et pour un

²⁰⁷⁸ Voir en ce sens, Jean MATOUK, précité, page 609 ; Dominique LEGEAIS, note sous cassation civile 1 ère, 25 juin 1995, JCP (E), II, n° 772, page 12.

²⁰⁷⁹ Voir sur cette décision, « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », sous la direction d'Alain GOURIO, Revue Droit Bancaire et Financier, n° 1 janvier/février 2001, page 56 ; du même auteur, « L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier : question d'actualité », Les Petites Affiches, n° 128, 1999, page 19.

²⁰⁸⁰ Jean MATOUK, précité, page 609.

certain niveau de revenus ce taux trouve une justification dans la pratique. Mais, l'on s'aperçoit dans ces conditions qu'une telle pratique n'aurait alors pas le caractère de généralité pouvant l'ériger en norme de comportement à laquelle le juge pourrait se référer pour retenir une responsabilité en cas de dépassement. Pour certains, au contraire, une telle pratique n'existe purement et simplement pas²⁰⁸¹.

1114. L'inexistence de cette norme. Il y aurait finalement dans une telle pratique, si elle était consacrée, une analyse trop grossière²⁰⁸² de la capacité de remboursement de l'emprunteur. Or, nous devons reconnaître que l'usage bancaire semble confirmer cette opinion. En effet, nous avons pu voir que les méthodes d'analyse de la dignité de crédit étaient loin de se résumer au calcul d'un tel taux. Les analyses sont aujourd'hui beaucoup plus fines et s'orientent davantage vers la prise en compte de la situation d'ensemble de l'emprunteur²⁰⁸³. A ce titre la technique du crédit-scoring joue un rôle primordial, notamment et principalement dans les crédits à la consommation. Nous avons effectivement vu que les sociétés financières accordaient leurs crédits à la consommation essentiellement, si ce n'est exclusivement²⁰⁸⁴, sur la base de cette technique d'évaluation. Ne serait-il donc pas légitime de voir le juge prendre en considération la note score pour apprécier la responsabilité du banquier dans ce type de crédit ? Reste à savoir si les tribunaux ont tenu compte de cette évolution des techniques d'évaluation de la dignité de crédit dans leurs décisions en matière de responsabilité pour octroi ou refus de crédit.

1115. Place prépondérante des scores. Au terme de ce développement visant à fixer la pratique bancaire quant à l'appréciation des données, liminaire à l'exercice du discernement, il appert que les nouvelles techniques d'évaluation prennent une place considérable dans la décision. Cela se vérifie tout particulièrement dans le crédit distribué aux consommateurs, notamment par les sociétés financières qui, n'ayons pas peur de le dire, ont fait du *scoring*²⁰⁸⁵ l'instrument privilégié de leur décision. Dans ce contexte, ne serait-il pas alors logique que le juge s'intéresse davantage à ce qui n'est finalement qu'un révélateur des devoirs d'information et de discernement des établissements de crédit ? *A priori*, et compte tenu de ce que nous venons d'observer, le bon sens assignerait qu'il en soit ainsi. Mais, cette logique est-elle vérifiable à l'étude de la jurisprudence ? C'est à cette question qu'il nous faut maintenant répondre.

II Etat actuel de la jurisprudence.

²⁰⁸¹ Alain GOURIO, précité, Les Petites Affiches, page 19.

²⁰⁸² Voir sur cet aspect, Jean-Pierre DUFOIX, « Comment mieux apprécier la rentabilité des prêts ? », Revue Banque Stratégie, n° 154, novembre 1998, page 30.

²⁰⁸³ Voir *supra* n° 295 et suivants, 316 et suivants, n° 815 et suivants ; Alain GOURIO, précité, Revue Droit Bancaire et Financier, page 56.

²⁰⁸⁴ Mis à part la consultation du FICP.

²⁰⁸⁵ Conjugué à la consultation du FICP.

1116. Délimitation de l'étude. Dans l'objectif que nous nous sommes fixé, il paraît ici indispensable de faire état de la démarche jurisprudentielle permettant d'établir ou non la responsabilité du dispensateur de crédit. Cette analyse préalable devrait ainsi nous permettre d'établir si oui ou non les tribunaux tiennent compte des nouvelles méthodes d'évaluation de la dignité de crédit pour fonder leurs décisions, et dans quelle mesure. Ou si à l'inverse, cotation Banque de France, score Banque de France, score interne à l'établissement de crédit sont des concepts totalement étrangers à leurs critères d'appréciation. Finalement, cela revient à se demander quel est, pour la jurisprudence, le banquier normalement diligent. Notre démonstration prendra pour terrain d'essai les décisions relatives à la responsabilité des établissements de crédit pour octroi de crédits excessifs ou disproportionnés.

1117. La recherche d'un principe de proportionnalité. Nous savons effectivement aujourd'hui que seule l'excessivité est sanctionnée et sanctionnable (B). En dehors, il n'y aurait pas de préjudice indemnisable et donc de responsabilité encourue. C'est pourquoi les décisions de justice s'attachent, pour retenir la responsabilité de l'établissement de crédit, à caractériser la disproportion²⁰⁸⁶ (A). Il est cependant vrai, comme a pu le dire assez justement un auteur²⁰⁸⁷, « Le plus souvent cependant la référence au principe n'est qu'implicite ». Néanmoins, certaines décisions rendent parfaitement compte de l'existence de ce principe et ce, indistinctement selon que le crédit est octroyé aux particuliers ou accordé aux entreprises.

A Le principe de proportionnalité.

1118. Plan. L'existence de ce principe se vérifie aussi bien dans les crédits distribués aux particuliers (1°) que dans ceux accordés aux professionnels. Cependant, pour plus de précision et de clarté dans l'exposé, nous étudierons la question dans deux développements distincts.

1° Principe de proportionnalité et crédit aux particuliers.

1119. Consécration du principe de proportionnalité par la jurisprudence. Un certain nombre de décisions peuvent ici être citées mettant parfaitement en exergue la nécessité pour les établissements de crédit de n'octroyer que des crédits adaptés à la capacité de remboursement de l'emprunteur. Ainsi, peut-on citer l'arrêt de la Cour de cassation du 8

²⁰⁸⁶ Sur ce principe, voir Dominique LEGEAIS, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », Les Petites Affiches, 30 septembre 1998, n° 117, page 38, 2e colonne ; Alain GOURIO, précité, Les Petites Affiches ; Dominique LEGEAIS, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », Les Petites Affiches, n° 28, 5 mars 1997, page 6, 1e colonne. Pour le crédit aux entreprises, Alain Couret, « Endettement et financement de l'entreprise », in colloque, « De l'endettement au surendettement des entreprises », Gazette du Palais, 22 et 23 septembre 1999, page 15 ; voir aussi Estelle SCHOLASTIQUE, « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », Répertoire Defrénois, 1996, article n° 36352, notamment, n° 30 et suivants ; Jérôme ATTARD, « Le contrat de prêt : contrat unilatéral ou synallagmatique », thèse, précité, page 39 et suivantes.

²⁰⁸⁷ Dominique LEGEAIS, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », précité, page 38, 2e colonne.

juin 1994 qui est venue dire qu' « Une Cour d'appel est fondée à réduire la créance d'un établissement de crédit financier qui a agi avec une légèreté blâmable en consentant à un emprunteur un prêt dont la charge annuelle était supérieure à ses revenus »²⁰⁸⁸. Plus explicitement encore est l'arrêt du 27 juin 1995 rendu par la Cour de cassation, et selon lequel, « La présentation d'une offre préalable... ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur... Que le taux d'endettement proposé par le projet de financement... connu des établissements de crédit, était insupportable pour les époux... qui ne disposaient que de faibles revenus ; que les prêteurs ne justifiaient pas, ni même n'alléguaient avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait de ces prêts ; que la Cour d'appel a pu en déduire que les établissements de crédit avaient manqué à leur devoir de conseil et engagé leur responsabilité envers les époux... »²⁰⁸⁹. De même que l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 18 septembre 1997 d'après lequel, « il appartient en effet à l'établissement de crédit avant d'octroyer un prêt d'effectuer un minimum de vérifications sur la situation de l'emprunteur afin de s'assurer que le montant des remboursements proposés est compatible avec sa situation ; que le prêteur qui accorde un prêt sans procéder à la moindre vérification ou qui fait signer des engagements totalement disproportionnés par rapport à la situation de son cocontractant commet une faute »²⁰⁹⁰. Au regard de ces quelques décisions il apparaît bien qu'un principe de proportionnalité ou de non excessivité a vu le jour en matière de crédit aux particuliers. Cependant, le même constat peut ici être fait s'agissant des crédits dispensés aux professionnels.

2° Principe de proportionnalité et crédit aux professionnels²⁰⁹¹.

1120. Etat de la question en jurisprudence. Plusieurs décisions sont venues également consacrer en ce domaine le principe d'adéquation entre, d'une part, les ressources de l'entreprise ou la rentabilité escomptée du projet et, d'autre part, le montant du concours

²⁰⁸⁸ Cassation civile 1re, 8 juin 1994, Bulletin civil, I, n° 206, voir sur cette décision Michel CABRILLAC, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, janvier - mars 1995, chronique de jurisprudence, n° 6, pages 170 - 171 ; Francis-Jean CREDOT et Yves GERARD, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, n° 44, 07-08/1994, chronique n°7, page 173.

²⁰⁹⁰ Voir sur cette décision, Dalloz Affaires, n° 122, 25 juin 1998, page 1086 et suivantes, note X. D. Pour d'autres décisions faisant état du critère, voir Didier R. Martin, « De la responsabilité délictuelle du prêteur pour sur dose de crédit », à propos de l'arrêt de la chambre civile du 2 juillet 1997, Les Petites Affiches, n° 120, 6 octobre 1997, page 9 et suivantes ; voir aussi, cassation commerciale, 10 octobre 2000, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, janvier 2001, page 70, décision n° 71 ; Cour d'appel de Versailles, 3 novembre 2000, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 2001, page 319 et suivantes, décision n° 355 ; cassation commerciale, 9 mai 2000, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, octobre 2001, page 880 et suivantes, décision n° 1020 ; cassation commerciale, 26 mars 2002, Revue Banque et Droit, n° 84, juillet-août 2002, page 46 et suivantes ; Cour d'appel de Dijon, 20 mai 1999, cité par R. Martin, « De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur », Revue Banque et Droit, n°68, 1999, page 8, note n° 2.

²⁰⁹¹ Voir sur ce point, notamment Patrice BOUTEILLER, « Redressement et liquidations judiciaires », Juris-Classeur Banque et Crédit, fascicule 520, notamment n° 5, n°7, n° 9 et n° 14.

octroyé. A ce titre, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 janvier 1993 représente un exemple particulièrement topique du principe. En effet, d'après cette décision, « Ayant relevé la connaissance, par les banques, de la gravité des déséquilibres de la situation financière de la société Damblant, notamment le poids de ses frais financiers, très anormalement élevés, insupportables pour elle, résultant d'un très important et durable déficit de trésorerie, et incompatible avec toute rentabilité, la Cour d'appel a pu déduire que les banques avaient commis des fautes en consentant ou en renouvelant néanmoins des crédits excessifs... »²⁰⁹². De même que le jugement du tribunal de grande instance d'Auxerre du 28 septembre 1992 venant décider que, « Dans le cas des exploitations bénéficiant d'un plan de développement... la Caisse régionale du Crédit agricole doit s'assurer que la capacité de remboursement prévisionnelle de l'emprunteur permettra de faire face normalement aux charges consécutives à l'ensemble

²⁰⁸⁹ Voir sur cet arrêt, Dominique LEGEAIS, note sous cassation civile, 27 juin 1995, JCP (E), II, page 11 ; Didier Arlie, « Devoir de conseil du prêteur et protection de l'emprunteur », Les Petites Affiches, 29 novembre 1996, n° 144, page 26 et suivantes ; Stéphane PIEDELIEVRE, Dalloz, 1995, II, page 622 et suivantes ; Patrice BOUTEILLER et François RIBAY, « L'exploitant de banque et le droit », 3e édition, 2000, Banque éditeur, page 135. Nous mettrons de côté la question de l'obligation de conseil, celle-ci dépassant le cadre de notre sujet. Cependant, il nous paraît évident qu'une telle obligation ne peut exister en matière d'octroi de crédit ou du moins, si on doit la consacrer alors force est d'admettre qu'il y a une certaine redondance avec le devoir, plus large, de prudence. En effet, ce dernier n'impose-t-il pas l'obligation pour le banquier de ne pas accorder le prêt lorsqu'il constate que le crédit n'est pas en rapport avec les capacités de remboursement du demandeur ? Assurément. A partir de là nous ne comprenons pas très bien quelle nécessité a eu la jurisprudence de consacrer un tel principe. Nous pouvons même dire qu'une telle obligation est à double tranchants pour son bénéficiaire. En effet, le conseil peut évidemment le dissuader de contracter. Dans ce cas, le conseil est bénéfique. Mais, une fois le conseil dispensé l'emprunteur peut décider tout de même de contracter. Mais, s'il le fait ce sera forcément à ses risques et périls. Par la suite comment cet emprunteur pourrait-il venir rechercher la responsabilité du banquier ? Or, la jurisprudence en consacrant le devoir de conseil lors de l'octroi du crédit n'aura donc finalement fait que déplacer la décision de l'octroi du crédit sur le demandeur lui-même. Cependant, il nous semble que ce scénario ne se produira que rarement tant il est vrai qu'on voit mal un établissement de crédit constater dans un premier temps que le crédit n'est pas adapté aux capacités de remboursement du demandeur pour, dans un second temps, laisser le choix de la décision à ce même demandeur. En effet, si le crédit apparaît excessif le banquier refusera purement et simplement le crédit sans nécessité de conseiller au demandeur de ne pas emprunter. Son devoir de prudence commande la solution et il n'était nul besoin d'aller plus loin. Nous pouvons cependant admettre que le devoir de conseil trouve un champ d'application dans l'opportunité de contracter un crédit pour financer telle ou telle opération. C'est d'ailleurs l'un des motifs qui a fondé la décision précitée du 8 juin 1994. En effet, selon la Cour, « L'acquisition de ce matériel, un tracteur en l'espèce, aurait dû d'autant moins apparaître opportune que Monsieur Blanchard, de surcroît d'un certain âge, possédait déjà un tracteur que le vendeur n'aurait pas accepté de reprendre au prix de 30.758 francs si cet engin s'était révélé impropre à un usage normal ». Finalement, la Cour, par ce motif, reproche ni plus ni moins à la banque d'avoir accordé un crédit inutile compte tenu des circonstances. Selon la Cour la banque aurait donc dû déconseiller la dépense et donc le recours au crédit. Mis à part la question de la capacité de remboursement c'est demander à l'établissement de crédit qu'il se fasse directeur des intérêts du demandeur, voire davantage qu'il se fasse hara-kiri. Mais l'obligation de bonne foi et de loyauté n'aurait-elle pas suffi à aboutir à ce résultat ? Voir en ce sens, Francis-Jean CREDOT et Yves GERARD, précité. Voir sur les questions ici soulevées, Alain GOURIO, précité, notamment pages 18 et 19 ; Didier Arlie, précité, pages 29 et 30 ; Dominique LEGEAIS, JCP (E), 1996, précité, spécialement n° 8 à 10.

²⁰⁹² Voir sur cette décision, Francis-Jean CREDOT, précité, Les Petites Affiches, 7 juillet 1993, n° 81, page 11, 2e colonne; voir aussi *ibidem*, n° 7 et 14.

de l'endettement prévu : elle doit vérifier que les structures financières présentent un équilibre entre le non exigible net et l'actif immobilisé et que l'exploitation bénéficie d'un fonds de roulement positif pendant la durée du plan... »²⁰⁹³. Nous pouvons enfin faire état dans le domaine de certaines parties du considérant ayant fondé la décision de la Cour d'appel de Versailles du 17 septembre 1998. Ainsi engagerait, selon la Cour d'appel, sa responsabilité la banque qui a « délibérément accepté de consentir des crédits disproportionnés par rapport à la surface financière réelle » de la société, qui « ne rapporte pas la preuve qu'elle a mis en garde Monsieur Robialle... sur la disproportion de l'endettement déjà accumulé et du défaut de rentabilité évident des nouveaux prêts... » et, « qu'en l'espèce, constitue une faute d'imprudence le fait pour la BNP d'avoir accordé des crédits excessifs ». Ou encore l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 septembre 1999 selon lequel, « engage sa responsabilité à l'égard des cautions la banque qui a consenti à une société, en tenant compte essentiellement de la garantie hypothécaire offerte par la caution, un crédit excessif au regard des facultés de remboursement susceptibles d'être raisonnablement attendues de la société, dépourvue de fonds propres, dont l'activité débutait et qui avait acquis un immeuble afin de le rénover sans présenter de projet détaillé de réalisation de l'opération »²⁰⁹⁴. Il ressort là encore très clairement de l'ensemble des termes des décisions citées qu'un principe de

²⁰⁹³ Patrice BOUTEILLER, précité, n°5, page 4 ; Guy-Auguste Likillimba, précité, n° 69, page 53.

²⁰⁹⁴ Voir sur cet arrêt, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, décembre 1997, décision n° 1375, page 107 et suivantes. Voir également sur ce principe de proportionnalité Cour d'appel de Dijon, 1re chambre, section 2, janvier 1998 selon laquelle, lorsque les crédits mis en place se révèlent excessifs et disproportionnés par rapport aux fonds propres et aux facilités de remboursement, eu égard notamment aux frais financiers, la responsabilité de la banque est à retenir, cité par Patrice BOUTEILLER, précité, n° 9 ; Cour d'appel de Dijon, 29 avril 1999 : « Le banquier qui accorde un prêt... engage sa responsabilité s'il débloque des crédits pour la réalisation d'un projet n'ayant manifestement aucune chance de succès ou dont le montant non proportionné à la situation des emprunteurs, ne permettra pas le remboursement des échéances », cité par Didier R. Martin, « De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur », Revue Banque et Droit, n°68, 1999, page 4 ; cassation commerciale, 11 mai 1999, « ...eu égard à leurs finalités, les emprunts, dont les montants devaient être couverts par les prix de revente des immeubles, n'étaient pas disproportionnés par rapport aux capacités de remboursement de l'emprunteur », Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, juin 1999, jurisprudence n° 710, page 556 et suivantes ; cassation commerciale, 10 octobre 2000, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, janvier 2001, décisions n° 68 et 69, page 67 et suivantes ; cassation commerciale, 25 avril 2001, Bulletin Rapide de Droit des Affaires, novembre 2001, page 9, n° 14 ; cassation commerciale, 23 octobre 2001, « il ne peut être reproché (à la banque) d'avoir apporté un concours dont rien ne démontrait qu'il ait été hors de proportion avec les perspectives de rentabilité de l'opération si elle avait été menée à bien », Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, mars 2002, décision n° 291, page 244 et suivantes ; cassation commerciale, 22 mai 2001, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, octobre 2001, décision n° 1017, page 877 et suivantes ; Cour d'appel de Rouen, 13 septembre 2001, « ... il y a lieu d'écarter toute responsabilité de la part de la banque dès lors que : - les documents sur la base desquels elle s'était déterminée prévoyaient un taux d'endettement professionnel et personnel (20 % environ) qui n'était pas disproportionné avec les ressources des emprunteurs... », Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, mai 2002, jurisprudence n° 542, page 452 et suivantes et Bulletin Rapide Droit des Affaires, mars 2002, page 9, n° 17 ; cassation commerciale, 22 mars 2002, Revue Banque et droit, n° 85, septembre - octobre 2002, page 47 ; cassation commerciale, 9 juillet 2002, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, décembre 2002, décision n° 1309, page 1106 et suivantes ; du même jour, cassation commerciale 9 juillet 2002, Bulletin Rapide Droit des Affaires, novembre 2002, page 8, n° 13.

proportionnalité entre le montant des prêts et la capacité de remboursement doit être respectée. A défaut, l'établissement de crédit engage sa responsabilité. C'est là l'expression même du devoir de discernement qu'imposent les juges aux établissements de crédit.

1121. L'inexistence de règle permettant de fixer l'endettement légitime. Cependant, si ces derniers semblent imposer cette proportion, rares sont ceux qui fixent, expressément, le seuil au-delà duquel le crédit peut être considéré comme excessif par rapport aux capacités de remboursement de la personne. Comme nous avons pu déjà le signaler précédemment, certains ont pu estimer qu'un seuil d'endettement de 30 % serait un critère acceptable de l'excessivité²⁰⁹⁵. Critère dont nous avons dit qu'il avait été relayé par une jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière avait cru devoir approuver une Cour d'appel qui avait estimé « qu'il convient d'examiner la responsabilité du banquier au regard de l'usage reconnu et pratiqué par tout le système bancaire, en matière de prêts aux particuliers, selon lequel l'endettement ne doit pas dépasser le tiers des ressources de l'emprunteur »²⁰⁹⁶. Mais, si les juridictions ont consacré ce principe de proportionnalité elles n'ont, en revanche, pas fixé précisément ni les critères, ni les méthodes permettant de déterminer le seuil de l'excessivité et donc de la responsabilité. Le discernement dont aura fait preuve le banquier lors de l'octroi du crédit relève ainsi davantage d'une appréciation, souveraine et casuistique, des juges du fond que de l'application de normes et méthodes préétablies au plan professionnel. Cependant, il ne faudrait pas non plus considérer que la recherche de cette excessivité soit menée de façon désordonnée et aléatoire selon la juridiction devant laquelle on se trouve.

B Mesure de l'excessivité.

1122. L'inexistence d'une référence à la situation d'ensemble. Finalement, pour apprécier le niveau de comportement et de discernement de l'établissement de crédit lors de l'octroi du crédit, et donc sa responsabilité, la jurisprudence fait plutôt, c'est un euphémisme, référence aux méthodes que nous avons qualifiées de classiques, et qui visent principalement à mesurer la capacité de remboursement d'une personne par référence à son taux d'endettement, mais non par référence à sa situation d'ensemble.

1123. Démarche. Il est vrai que nous devons largement timorer ces derniers propos s'agissant du crédit aux entreprises. En effet, même si pour ces dernières, et comme nous le verrons, la référence au score de l'entreprise est absente des décisions, les critères pris en considération par le juge vont effectivement au-delà de la simple référence au taux d'endettement. Pour les particuliers, l'excessivité, le manque de discernement est en revanche beaucoup plus souvent, mais indirectement, apprécié par rapport à la charge que représente l'emprunt par rapport aux revenus de la personne. Les critères sur lesquels se basent les juridictions pour déterminer la responsabilité de l'établissement de crédit étant différents selon la qualité de la personne à laquelle le crédit est distribué, particulier (1°) ou professionnel (2°), il paraît judicieux d'opérer une distinction entre ces

²⁰⁹⁵ Voir *supra* n° 298 et n°1113.

²⁰⁹⁶ Cassation civile 1re, 4 juillet 1995, précité.

deux catégories.

1° Le référentiel de l'excessivité selon la jurisprudence dans le crédit distribué aux particuliers²⁰⁹⁷.

1124. Problématique : la recherche du seuil d'endettement. Comme nous avons pu le voir à l'étude de la jurisprudence ayant consacré le principe de proportionnalité, la référence au niveau d'endettement des débiteurs est explicite²⁰⁹⁸. Nous ne reviendrons donc pas sur ce point. Cependant, et sans revenir sur ce qui a été dit, il est vrai que la jurisprudence demeure relativement désorientée quant à la fixation du seuil de l'excessivité, c'est-à-dire du taux d'endettement à retenir. Autrement dit, à partir de quel pourcentage d'endettement doit-on considérer qu'un crédit est excessif et que donc le banquier s'est trompé, a manqué de discernement ?

1125. L'inexistence d'une méthode universelle. Sur ce point, aucune réponse certaine n'est avancée, à supposer qu'il en existe une possible²⁰⁹⁹. Une décision isolée de la Cour de cassation²¹⁰⁰ est bien venue confirmer un arrêt de Cour d'appel ayant fixé le taux de 30 %, mais vu la réaction virulente d'une certaine doctrine²¹⁰¹, il semble que la référence ne puisse représenter une base solide. En dehors de cette décision c'est, en définitive, plutôt une analyse au cas par cas qui est menée par les tribunaux. Ainsi, à titre d'exemple, la Cour de cassation a considéré qu'une banque n'avait « pas fait preuve de sérieux qu'impose la profession de prêteur, les mensualités étant manifestement excessives puisque représentant lors de la souscription de l'emprunt 45,79 % des ressources du débiteur... »²¹⁰². A l'inverse, certaines décisions ont pu considérer qu'un taux d'endettement de 37 %²¹⁰³ ou de 38 %²¹⁰⁴ n'était pas à considérer comme excessif.

²⁰⁹⁷ Voir pour une analyse détaillée, Guy-Auguste Likillimba, précité, n° 42 et suivants. Plus spécialement, Jérôme ATTARD, précité, n° 21 et suivants.

²⁰⁹⁸ Sur cette question, voir *supra* n° 1119 et notamment l'arrêt du 27 juin 1995, par lequel la Cour de cassation relève : « que le taux d'endettement proposé ... était insupportable pour les époux ... qui ne disposaient que de faibles revenus ». De même que l'arrêt du 2 juillet 1997, selon lequel, « Le prêt consenti sur 20 ans générerait un taux d'endettement très important... ». On remarquera que dans ces décisions nulle référence à un quelconque seuil d'endettement n'est opérée. Voir aussi dans cette même ligne, Cour d'appel de Versailles, 28 juin 1980, Gazette du Palais, 1992, sommaire, page 533.

²⁰⁹⁹ En ce sens tribunal de grande instance de Paris, 3 juillet 2000, inédit, d'après lequel, « il n'existe pas de taux légal de surendettement », et Cour d'appel de Toulouse, 30 juin 1998, inédit, venant décider qu'« aucune disposition légale n'impose au prêteur d'observer une proportion précise entre les ressources déclarées et le montant du remboursement du prêt », cité *in* étude « La responsabilité civile... », Alain GOURIO, précité, page 56, note n° 81.

²¹⁰⁰ Cassation civile 1 ère, 4 juillet 1995, précité.

²¹⁰¹ Voir notamment Alain GOURIO, « L'information du consommateur... », précité ; « La responsabilité civile du prêteur... », précité, page 56.

²¹⁰² Cassation civile 1re, 17 mai 1993, Bulletin civil, n° 179.

Les pouvoirs publics eux-mêmes avaient considéré, lors des débats concernant la loi du 28 juillet 1998 relative à l'exclusion que le critère relatif au taux d'endettement « perd actuellement de sa pertinence parce qu'il ne tient pas compte de la taille de la famille, de la situation de l'emprunteur au regard du logement etc. Il serait délicat d'insérer dans la loi un événement qui devient obsolète »²¹⁰⁵. Or, précisément n'est-ce pas une des caractéristiques fondamentales du crédit-scoring que de prendre en considération cette situation d'ensemble ?

1126. L'inexistence d'une référence aux techniques des scores. Pourtant la jurisprudence reste muette sur cette méthode et sur ce qu'elle permet d'indiquer. En effet, aucune décision, à notre connaissance, n'est encore venue faire référence à la note score attribuée à l'emprunteur défaillant pour fonder la responsabilité du banquier ou, à l'inverse, l'en affranchir. Alors même que le discernement, et la décision, de l'établissement de crédit s'opère souvent, dans les crédits à la consommation, par référence à la note score, n'est-il pas légitime de s'inquiéter de ce véritable *statu quo* de la jurisprudence quant à ces méthodes de décision ? Le constat peut surprendre (même s'il s'explique) car en matière de crédit aux professionnels, il semble que la jurisprudence fasse davantage cas de ces méthodes ou d'autres qui s'en rapprochent même si, là encore, les références restent peu fréquentes et mesurées, l'analyse classique demeurant prédominante.

2° Le référentiel de l'excessivité selon la jurisprudence dans le crédit aux entreprises.

1127. Une référence aux méthodes classiques. Il est vrai que les décisions de justice font, pour retenir ou écarter la responsabilité des banques, quasi systématiquement référence à l'analyse de la situation financière de l'entreprise²¹⁰⁶. Mais, il est également exact que les références aux critères jugés pertinents par les tribunaux pour caractériser cette situation financière demeurent relativement aléatoires. Cependant, à l'instar de la décision de la Cour de cassation du 26 janvier 1993, il ressort assez fréquemment des décisions les références au niveau de la trésorerie de l'entreprise, au niveau des fonds propres, à l'état des frais financiers...²¹⁰⁷ A côté de cette situation financière, il est

²¹⁰³ Tribunal de grande instance de Paris, 10 juin 1998, inédit, cité *in* étude, « La responsabilité civile du prêteur... », précité, page 56, note n° 85.

²¹⁰⁴ Cour d'appel de Versailles, 28 janvier 2000, inédit, *ibidem*.

²¹⁰⁵ JO débats, Assemblée nationale, 1er juillet 1998, page 11.679.

²¹⁰⁶ Voir, notamment, cassation commerciale, 26 janvier 1993, précité ; Cour d'appel de Paris, 9 septembre 1999, précité ; cassation commerciale, 10 octobre 2002, précité ; cassation commerciale, 3 juillet 2001, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, décembre 2001, page 1036, décision n° 1243 ; cassation commerciale, 20 novembre 2001, précité ; cassation commerciale, 9 mai 2001, précité ; cassation commerciale, 9 juillet 2002, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, décembre 2002, page 1106, décision n° 1309, et 9 juillet 2002, précité.

²¹⁰⁷ Voir sur ces références, *ibidem*.

également fait fréquemment référence à l'activité du bénéficiaire du crédit, et notamment à son niveau d'activité par référence au chiffre d'affaires²¹⁰⁸. La rentabilité de l'affaire demeure là encore un critère souvent recherché par les juridictions pour apprécier le niveau de responsabilité du banquier²¹⁰⁹. Certaines décisions, isolées, vont même jusqu'à faire référence au taux d'endettement professionnel et personnel de l'emprunteur²¹¹⁰. A l'analyse de la jurisprudence dominante, il apparaît assez clairement que l'état de la situation financière de l'entreprise demeure l'outil de référence des décisions²¹¹¹.

1128. L'absence de référence aux scores. Et, comme pour les particuliers, la référence au score est absente des critères de la responsabilité. Et pourtant, le score n'est-il pas établi par les établissements de crédit pour donner une idée de la situation économique et financière de l'entreprise ? Dès lors, ne devrait-il pas, au même titre que la référence au ratio de trésorerie ou de fonds propres, être pris en considération dans la recherche de la responsabilité du banquier ? L'interrogation n'est pas du tout saugrenue si l'on s'en réfère à une jurisprudence qui, elle, intègre parmi les critères de la décision, la cotation Banque de France.

1129. Une avancée dans la prise en considération des techniques modernes : la référence à la cotation Banque de France. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris a notamment pris en considération la bonne cotation de la société emprunteuse auprès de la Banque de France pour rejeter une demande en responsabilité pour octroi de crédit abusif²¹¹². Ce n'est là pas une décision isolée, mais qui, depuis, a été maintes fois confirmée²¹¹³, y compris par la Cour de cassation²¹¹⁴. Cependant, nous devons ici préciser que parmi les décisions qui prennent en considération la cotation Banque de France, rares sont celles qui rejettent ou accueillent les actions en responsabilité par référence à ce seul élément. Bien plus souvent, la cotation n'est qu'un élément sur la base duquel se prononcent les juges. Mais, l'on doit admettre que ces derniers ne sont

²¹⁰⁸ Voir notamment, cassation commerciale 5 janvier 1993, précité ; Cour d'appel de Rouen, 13 septembre 2001, précité ; cassation commerciale, 26 mars 2002, *Revue Banque et Droit*, n° 85, septembre - octobre 2002, page 47 ; et 25 avril 2001, *Bulletin Rapide de Droit des Affaires*, novembre 2001, page 9, n° 14.

²¹⁰⁹ Voir notamment, cassation commerciale, 18 juin 1996, *Quotidien Juridique*, 1996, n° 63, page 7 ; cassation commerciale 26 juin 1993, précité ; cassation commerciale, 20 novembre 2001, précité ; cassation commerciale, *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, 1991, page 98 ; Cour d'appel de Versailles, 17 septembre 1998, précité.

²¹¹⁰ Cour d'appel de Rouen, 13 septembre 2001, précité, selon laquelle, il y a lieu d'écarter toute responsabilité de la part de la banque dès lors que, « le taux prévisionnel d'endettement des emprunteurs de 20 et 35 % n'est pas disproportionné par rapport à leurs ressources... ».

²¹¹¹ L'analyse de la situation économique de l'entreprise, mais surtout du projet est également un élément primordial dans cette recherche de responsabilité. Voir notamment en ce sens, Cour d'appel de Versailles, 17 septembre 1998, précité ; cassation commerciale, 25 avril 2001, précité ; Cour d'appel de Dijon, 29 avril 1999, précité ; Cour d'appel de Paris, 9 septembre 1999, précité ; cassation commerciale, 3 juillet 2001, *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, décembre 2001, page 1036, décision n° 1243 ; cassation commerciale, 23 octobre 2001, *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, mars 2002, décision n° 291.

²¹¹² Cour d'appel de Paris, 22 janvier 1985, *Juris-Data*, document n° 020082.

pas ignorants de la place de la cotation dans la pratique, et dans la détermination des bonnes et mauvaises entreprises. Ce qui fait que s'il demeure un indice de la responsabilité, c'est un indice important. La question est alors de savoir si les scores de cette même institution où les scores internes aux établissements de crédit peuvent également constituer de tels indices ?

1130. Une référence timidement confirmée dans le cas des scores. Nous devons ici dresser un constat d'échec, du moins au regard de l'étude de la jurisprudence actuelle. Tout juste pouvons-nous citer pour référence une décision de la Cour de cassation²¹¹⁵ devant laquelle les demandeurs au pourvoi faisaient état de la dégradation du score de l'entreprise, constatée par l'expert dans son rapport, pour demander aux Hauts magistrats de retenir la responsabilité de la banque pour octroi de crédits abusifs²¹¹⁶. A notre scepticisme de départ, il pourrait être rétorqué par le fait que de façon inédite mention aura été faite par l'expert, pour caractériser la situation de l'entreprise, du score de cette dernière. Mention, au surplus, reprise dans l'un des moyens de la décision. C'est peut-être là la marque que dans l'avenir les juges, par le truchement du rapport d'expertise²¹¹⁷, prendront davantage en considération ce type d'indicateurs pour fonder leur décision. A dire vrai la solution ne surprend pas, tant il est vrai que par cette évolution la jurisprudence s'accorderait un peu plus avec la pratique bancaire, dont on sait qu'elle utilise la méthode des scores pour se forger une opinion sur l'entreprise.

²¹¹³ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 9 octobre 1987, Juris-Data, document n° 050259 ; Cour d'appel de Paris, 15 février 1990, Juris-Data, document n° 020589 ; et Cour d'appel de Paris, 11 juin 1992, Juris-Data, document n° 022127 qui a rejeté la responsabilité de la banque alors qu'elle avait résilié une ouverture de crédit sur la seule base de la cotation Banque de France ; Cour d'appel de Caen, 29 janvier 1998, Juris-Data, document n°049973, qui a retenu la responsabilité de la banque pour octroi de crédit abusif, celle-ci ne s'étant référée qu'à des renseignements incertains et insuffisants comme la cotation Banque de France ; Cour d'appel de Paris, 29 juin 2001 qui avait pris en compte la diligence du banquier dans la consultation de la cotation Banque de France pour écarter la responsabilité pour soutien abusif, cette dernière cotation étant favorable ; Cour d'appel de Paris, 21 décembre 2001, Juris-Data, document n° 166099 qui a également rejeté l'action en responsabilité pour soutien abusif, la société emprunteuse ayant par ailleurs obtenu une cotation de crédit égal à 5 et une cotation de paiement égale à 7 auprès de la Banque de France, signifiant la régularité des paiements et l'absence d'incidents de paiements significatifs.

²¹¹⁴ Cassation commerciale, 6 juin 1990, pourvoi n° 88 - 17.851, juridique Lamy ; cassation commerciale, 15 mars 1994, pourvoi n° 92 - 13.735, juridique Lamy ; cassation commerciale 24 janvier 2000, pourvoi n° 98 - 18.638, juridique Lamy. Voir aussi, cassation commerciale, 2 octobre 1990, pourvoi n° 89 - 14. 301, juridique Lamy ; cassation commerciale, 10 mars 1998, pourvoi n° 95 - 11.712, juridique Lamy.

²¹¹⁵ Cassation commerciale, 22 mai 2001, inédit, visible sur site Internet, [http : //www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), pourvoi n° 98 - 23001.

²¹¹⁶ « Qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations des juges du fond que le CRCAM a accordé le prêt litigieux à une société en difficultés... ; que la banque aurait donc dû agir avec une vigilance accrue, d'autant qu'aux termes du rapport d'expertise... la comparaison des deux années 1989 - 1990 permettait de constater la détérioration très importante du score de l'entreprise entre 1989 et 1990 et que le score dégradé à l'issue de l'exercice clos le 31 mars 1990 présageait un risque important de défaillance... », *ibidem*.

²¹¹⁷ Dont on connaît l'importance dans ce type de contentieux.

1131. Constat final : un décalage entre la pratique bancaire et la pratique judiciaire. Au terme de cette analyse jurisprudentielle, nous pouvons donc constater qu'il existe, actuellement, un certain décalage entre les critères de la décision bancaire et les critères de la décision judiciaire. Ce décalage s'observe ainsi tout particulièrement dans le domaine relatif aux crédits à la consommation. En effet, dans ce mode de distribution du crédit nous savons que le discernement de l'établissement de crédit, et donc sa décision, se fonde principalement sur l'étude score du dossier du demandeur de crédit. Et pourtant, nous n'avons pu observer aucune décision jurisprudentielle tenant, directement ou indirectement, compte de la note score afin d'apprécier le degré de diligence dont aura fait preuve l'établissement de crédit, alors même que l'usage score dans le monde professionnel, et tout spécialement dans le domaine du crédit à la consommation, est aujourd'hui fortement répandu²¹¹⁸. Mais, précisément, le rôle de la jurisprudence n'est-il pas également d'évoluer en même temps que la pratique afin d'aboutir à des décisions en phase avec la réalité économique ? Nous le pensons. Et, s'il est vrai que la jurisprudence a fixé ses propres normes de contrôle de l'octroi du crédit, influençant par-là même la pratique, il est également vrai que cette même pratique a tout autant influencé cette jurisprudence. N'oublions pas en effet que la faute du banquier est toujours appréciée par référence aux normes professionnelles existantes. Dès lors, le juge, nous semble-t-il, devrait prendre davantage en considération ces modes d'évaluation de la dignité de crédit qu'il ne le fait aujourd'hui pour fonder ses décisions. Cependant une question de taille demeure : le juge peut-il consacrer cette évolution de la pratique bancaire ?

SECTION 2 La prise en compte par le juge de l'évolution des modes d'évaluation de la dignité de crédit.

1132. Problématique. C'est une chose de suggérer la prise en considération du score par le juge de la responsabilité, mais c'en est une autre de savoir, d'une part, s'il peut le faire réellement et, d'autre part, dans quelle mesure. Finalement, et à y regarder de près, pour que le juge puisse fonder sa décision, au moins en partie, sur de tels méthodes et résultats, encore faut-il qu'il puisse établir, que ces techniques ont été utilisées pour l'exercice du discernement et quelle place aura pris le résultat dans la décision finale. En effet, il nous paraît évident qu'avant d'asseoir sa propre décision, le juge cherchera à connaître le rôle qu'auront joué ces résultats dans la décision d'octroi ou de refus du crédit (I). Malgré tout, à supposé établi l'usage du score dans la décision, restera à déterminer dans quelle mesure le juge pourra y faire référence pour élaborer sa propre décision (II). Il semble que dans cette optique il ne puisse se dispenser totalement d'une analyse de la pertinence d'une telle méthode. Il est vrai que nous voyons assez mal le juge fonder sa décision sur de tels méthodes et résultats sans connaître leur aptitude à discriminer les bons et mauvais dossiers. Cette démarche devrait alors très certainement aboutir à une véritable immixtion du juge dans le processus d'élaboration des ces méthodes et donc dans les critères pris en compte par le banquier afin de se décider.

²¹¹⁸ La multiplication récente des scores Banque de France démontre pertinemment l'importance de cette méthode d'analyse de la situation de l'emprunteur et de l'évolution croissante qu'elle devrait connaître dans la prise de décision des établissements de crédit.

I L'appréciation de la place de la notation dans l'exercice du discernement.

1133. Plan. Cette appréciation suppose que deux conditions cumulatives soient scrupuleusement respectées. Il sera nécessaire, au préalable, que le juge ait accès à l'entier dossier d'analyse du risque menée par l'établissement de crédit (A). Sans cela il est évident que la juridiction sera dans l'impossibilité totale d'apprécier la place qu'aura prise l'analyse score. Mais, cela ne saurait à notre point de vue suffire. En effet, restera, pour le juge, à déterminer si le banquier a pris en considération cette étude pour prendre sa décision (B).

A L'accès au dossier de crédit.

1134. Démarche. C'est là une étape préalable et indispensable à laquelle le juge et les parties devront se plier (1°). Cependant, une telle démarche n'est pas vierge d'embûches. C'est qu'en effet, l'établissement de crédit qui risque de voir sa responsabilité engagée n'aura très certainement pas envie de voir des tiers, demandeurs au procès, venir percer le secret de l'instruction du dossier. La question est alors de savoir si le banquier peut invoquer le secret professionnel pour bâtir sa défense (2°). Une réponse positive lui permettrait de bloquer l'accès aux éléments déterminants de la prise de décision et, du même coup, toute possibilité de voir sa responsabilité engagée sur la base du résultat score.

1° Principe.

1135. Démarche du juge : la nécessité d'accéder au dossier interne de la banque. Il paraît évident, si les tribunaux doivent tenir compte des systèmes de notation dans l'appréciation de la responsabilité du banquier, qu'ils devront forcément rechercher la place réellement prise par l'information-résultat dans la décision finale. Car, à défaut de pouvoir établir le degré d'influence de la note ou même, plus simplement, l'utilisation effective de la note pour l'exercice du discernement de l'établissement de crédit, il sera impossible au juge de motiver une quelconque décision sur cette base. Or, si l'on veut être logique, les solutions pour atteindre ce but ne sont pas légion. Le juge civil ou commercial devra forcément avoir accès au dossier de crédit de la personne. Ce n'est que par ce biais qu'il sera possible de caractériser l'intervention de ces systèmes d'évaluation dans l'analyse de la situation de l'emprunteur ainsi que d'établir l'influence qu'ils auront pris dans la décision d'octroi ou de refus. Ce n'est qu'une fois répondu à ces questions que le juge pourra tirer les conséquences, au plan de la responsabilité, de l'utilisation de ces techniques. L'accès au dossier de crédit est donc, pour le juge, le préalable nécessaire à la prise en compte des systèmes de notations comme critère de la responsabilité civile des établissements de crédit. Cette étape préalable ne doit finalement que permettre au juge de constater la preuve de l'utilisation de ces méthodes et, le cas échéant, d'apprécier la place qu'elles auront occupée dans l'exercice des diligences et du discernement du banquier.

1136. Cadre de l'intervention du juge. Bien évidemment, l'on comprendra aisément que la démarche du juge ne peut intervenir hors contentieux. C'est dire que le plus

souvent le juge demandera communication du dossier, non plus seulement pour sa propre information, mais pour satisfaire les prétentions des demandeurs au procès à connaître les conditions dans lesquelles le crédit aura été distribué, et par prolongement, à établir la faute du dispensateur de crédit²¹¹⁹. L'intérêt de la question est alors de savoir si le secret professionnel peut constituer un obstacle majeur à l'établissement de la vérité²¹²⁰, et par voie de conséquence à la prise en compte des scores dans l'appréciation de la responsabilité pour octroi de crédits excessifs.

2° L'obstacle du secret professionnel bancaire.

1137. Position de principe ; son opposabilité au juge civil. Une lecture stricte des dispositions relatives au secret professionnel et de leurs dérogations nous incline à considérer que, par principe, le secret professionnel est opposable au juge civil ou commercial²¹²¹. En effet, l'article L. 511 - 33 du Code monétaire et financier prévoit un certain nombre de dérogations au secret professionnel. Les juridictions civiles ou commerciales ne figurent pas au nombre des bénéficiaires de ces dérogations. Or, force est d'admettre que si le législateur avait voulu rendre inopposable le secret professionnel bancaire aux juridictions civiles, il les aurait très probablement placées au rang des exceptions. L'opinion semble d'ailleurs confortée par la dérogation au secret professionnel expressément consacrée envers les juridictions pénales²¹²². Cependant, de l'avis de certains le silence du législateur sur ce point ne signifierait pas nécessairement une exclusion²¹²³. Comme souvent dans ce cas, c'est la jurisprudence qui est venue apporter quelques précisions quant à l'applicabilité de l'article L. 511 - 33 aux juridictions civiles. Néanmoins, même à l'observation de cette dernière la réponse demeure incertaine.

1138. Variabilité de la réponse selon la qualité des parties au procès. Toutefois, à analyser précisément certaines décisions, il semble possible d'isoler certains principes directeurs quant à l'étendue des dérogations visées à l'article L. 511 - 33 aux juridictions civiles ou commerciales. A vrai dire, l'identification de ces préceptes repose sur une double distinction fondée sur la qualité des parties.

1139. La qualité de l'établissement de crédit. La première vise à identifier la qualité de l'établissement de crédit au procès. Est-il seulement un tiers au procès, détenteur de documents pouvant servir à la résolution du litige ? Ou est-il partie prenante dans l'affaire soumise au juge, là encore avec des pièces déterminantes pour l'issue du procès ? Quant

²¹¹⁹ Voir en ce sens, François GRUA, « Les contrats de base de la pratique bancaire », précité, n° 438.

²¹²⁰ S'il peut constituer, selon les termes mêmes des articles 11 et 141 du NCPC, un « empêchement légitime ».

²¹²¹ En ce sens, voir notamment, Bernard BOULOC, « Les limites du secret bancaire », *in* mélanges AEDBF - France, 1997, pages 85 et 86 ; Francis-Jean CREDOT, « Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par la banque », Les Petites Affiches, 17 février 1993, n° 21, page 13.

²¹²² *Ibidem*, page 13, 3e colonne.

²¹²³ Voir François GRUA, précité, n° 38, page 26.

à la première interrogation, si le banquier est tiers au procès, la doctrine ²¹²⁴ et la jurisprudence ²¹²⁵ ont su dégager certains principes quant à l'opposabilité du secret professionnel bancaire au juge civil. Cependant, nous n'étudierons pas cette hypothèse qui n'a guère d'intérêt pour la résolution de notre problématique de départ. En effet, la question qui nous intéresse est celle où la responsabilité du banquier sera mise en cause. Autant dire que dans ce cas il aura la qualité de partie au procès. Or, dans cette configuration une seconde sous-distinction est à opérer si l'on veut précisément répondre à la question de l'opposabilité du secret professionnel au juge.

1140. La qualité du demandeur de crédit. Cette seconde distinction s'appuie alors non plus sur la qualité du banquier, mais sur celle des demandeurs au procès. S'agit-il du client de la banque qui reproche à ce dernier son manque de discernement dans l'analyse de sa dignité de crédit lors de l'octroi, voire du refus du crédit ? Ou s'agit-il d'un tiers lésé par l'attitude fautive de l'établissement de crédit lors de cette même appréciation ?

1141. Plan. Nous verrons que les principes sont, suivant la qualité des initiateurs du procès, parfois fort délicats à dégager, même si au final une tendance doctrinale et jurisprudentielle semble émerger en faveur de l'inopposabilité du secret bancaire à l'égard de l'autorité judiciaire civile ou commerciale (a./). L'on peut cependant s'interroger sur la légitimité d'une telle tendance au regard de certains principes directeurs du procès et, au-delà, de l'opportunité d'une telle levée du secret professionnel (b./).

a./ La tendance doctrinale et jurisprudentielle : l'inopposabilité du secret professionnel bancaire au juge civil.

1142. Démarche. Rappelons ici à nouveau que le banquier dont la responsabilité pour octroi de crédits est recherchée prend les habits de partie au procès. C'est donc ce dernier qui cherchera, comme moyen de défense, à opposer au juge le secret professionnel bancaire. En effet, n'oublions pas notre problématique de départ qui était de permettre au juge d'apprécier la place prise par les méthodes de notation dans l'exercice des diligences et du discernement du banquier. Or, pour atteindre cet objectif, il n'existe qu'une solution : obtenir la communication, bien évidemment de la note attribuée à la personne, mais plus largement du dossier interne à la banque concernant l'octroi du crédit. Ce n'est effectivement que de cette manière que la place du score dans la décision du banquier pourra être appréciée, et par voie de conséquence la responsabilité qui peut en découler. On peut alors comprendre aisément que les établissements de crédit ne délivreront pas spontanément ce précieux document. Lorsque demande leur en sera faite, le secret professionnel se transformera alors en arme de défense. Mais l'efficacité de cette dernière sera mesurée différemment selon que le demandeur au procès est le client

²¹²⁴ Voir notamment sur le thème, Bernard BOULOC, précité, page 87 ; Thierry BONNEAU, précité, n° 12 et 13 ; Olivier STAES, note sous TGI de Carpentras, 24 septembre 1997, Dalloz, II, n° 9 ; François GRUA, précité, page 27.

²¹²⁵ Voir notamment, Cour d'appel de Versailles, 23 mars 1994, Revue Banque, n° 556, 1995, page 89 et suivantes, commentaires Jean-Louis GUILLOT, et recueil Dalloz, 1994, Informations Rapides, page 151 ; TGI de Carpentras, 24 septembre 1997, précité ; cassation commerciale, 13 juin 1995, Bulletin, n° 172, et rapport de la Cour de cassation pour 1995, documentation française, page 274, n° 1, pour un commentaire voir chronique par Michel CABRILLAC, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1995, page 818, n° 4 ; cassation commerciale 19 juin 1990, Bulletin, n° 176, analyse *a contrario*.

lui-même (a-1) ou un tiers lésé par l'octroi du crédit (a-2).

a-1 Le demandeur au procès : le bénéficiaire du crédit et l'inopposabilité absolue du secret professionnel bancaire.

1143. Principe. Dans cette hypothèse bien précise où le demandeur au procès se trouve être le bénéficiaire du crédit²¹²⁶, c'est-à-dire l'hypothèse où ce dernier reproche à la banque de lui avoir octroyé un crédit excessif ou inopportun, il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que le secret professionnel bancaire ne peut devenir un paravent à la recherche de la responsabilité du banquier. La doctrine de son côté y trouve un fondement simple : le secret professionnel bancaire étant de simple protection du client, il est alors dit relatif, il ne peut être opposé à celui-ci s'il en demande lui-même la levée²¹²⁷. Cette opinion que l'on peut dire aujourd'hui unanime²¹²⁸ a été confirmée par la jurisprudence.

1144. Jurisprudence. A cet égard deux arrêts particulièrement évocateurs de la chambre commerciale de la Cour de cassation peuvent être exposés. L'un, en date du 19 juin 1990²¹²⁹, est venu approuver une Cour d'appel d'avoir enjoint à la banque de communiquer à l'expert, nommé par le juge des référés, des documents couverts par le

²¹²⁶ Hypothèse consacrée par la jurisprudence au travers le devoir de conseil mis à la charge des établissements de crédit et ce, notamment, à l'égard des emprunteurs particuliers.

²¹²⁷ Voir en ce sens, notamment, Christian Gavalda et Jean STOUFFLET, « Droit du crédit », tome 1, « Les institutions », Litec, 1990, n° 623 ; Francis-Jean CREDOT, précité, François GRUA, précité, pages 21 et 27 ; Haritini Matsopoulou, Dalloz, 1996, II, page 577 ; Olivier STAES, précité, n° 9 ; Jean-Louis GUILLOT, précité, page 90, 1e colonne ; Jack VEZIAN, « La responsabilité du banquier », Litec, 1983, n° 368, page 250 ; Michel VASSEUR, « Droit et économie bancaires : les opérations de banque », fascicule 1, Les Cours de Droit, 1987 - 88, page 47 ; Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, « Droit Bancaire », Dalloz, 6e édition, 1995, n° 177, page 161 ; Olivier LICHY-SEGURE, « Renseignements bancaires », Juris-Classeur « Banque et Crédit », fascicule 910, n° 58 ; François BORDAS, « Devoirs professionnels des établissements de crédit », Juris-classeur, « Banque et Crédit », fascicule 140, n° 19. Pour une vision plus nuancée au plan juridique voir, Thierry BONNEAU, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, n° 49, 1995, page 94 et suivants, spécialement, n° 6 et 7. Pour une vision des limites pratiques à ce consensus, Francis-Jean CREDOT, précité, page 198, 2e et 3e colonne. Pour d'autres références en ce domaine, voir Thierry BONNEAU, précité, note n° 22.

²¹²⁸ A notre sens pourtant, l'idée de confiance dans le système bancaire ne doit pas être d'emblée écartée des fondements au secret bancaire. En effet, quelle personne irait confier des informations personnelles et professionnelles à un établissement de crédit qui serait libre de les diffuser par ailleurs ? Si bien qu'au final il est bien difficile de dire *a priori* que le secret bancaire professionnel est de seule protection des intérêts du client. Qu'il protège son intérêt, cela est certain, mais qu'il protège son seul intérêt, cela paraît discutable. La confiance que l'on peut placer dans le système financier nous paraît être un autre intérêt justifiant l'existence du secret professionnel. L'opinion rejoint d'ailleurs celle de Messieurs Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET qui avaient pu écrire que le secret bancaire, « renforce la confiance dans le système bancaire français soumis à une concurrence internationale », *in* ouvrage, « Droit bancaire : institutions - comptes - opérations - services », Litec, 2e édition, 1994, n° 177, page 85.

²¹²⁹ Cassation commerciale, 19 juin 1990, Bulletin, n° 179, précité. Voir sur cette décision, Francis-Jean CREDOT, précité, page 197 ; François GRUA, précité, page 27 ; Olivier STAES, précité, notes n° 26 et 27 ; Michel VASSEUR, Dalloz, sommaire, 1992, page 32 et suivantes.

secret professionnel. La Haute cour, pour motiver sa décision, retient « que la demande de communication était dirigée contre la banque non pas en qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué... ». L'autre, en date du 11 avril 1995²¹³⁰ est encore plus explicite et retient, d'une part, « qu'il entre dans les pouvoirs du juge des référés,... d'ordonner...une communication de pièces » et que, « c'est sans violer les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme... que la Cour d'appel a apprécié la légitimité des motifs invoqués par l'administrateur et le représentant des créanciers au soutien de leur demande de communication, avant tout procès, de documents internes à la banque de nature à établir que celle-ci, tenue d'apporter son concours à cette mesure d'instruction, avait soutenu abusivement l'entreprise en difficulté... » ; d'autre part, « que le secret professionnel du banquier est de simple protection de son client et que celui-ci peut y renoncer ce qui résultait de la demande de communication des pièces émanant de l'administrateur... ».

1145. Conclusion : la possibilité pour le juge de vérifier l'usage du score pour la prise de décision. Au vu de ces deux décisions qui, à notre connaissance, n'ont pas été depuis remises en cause, il ne fait aucun doute sur l'impossibilité, pour le banquier partie au procès, d'invoquer comme moyen de défense le secret professionnel. C'est donc dire qu'en cette hypothèse où l'action en responsabilité sera intentée par le bénéficiaire du crédit, l'accès au dossier interne de la banque sera toujours possible. Le juge pourra donc découvrir quelles auront été les diligences accomplies par l'établissement de crédit, ainsi que les moyens mis en oeuvre pour « interpréter les données qu'il a rassemblées ». Il pourra apprécier la place qu'auront pris ces différents éléments dans l'appréciation du risque par le banquier, et partant retenir un ou plusieurs de ces éléments pour fonder sa décision. Ainsi, une décision prise au mépris du score pourrait fonder une responsabilité du banquier si l'étude du dossier démontre que la méthode des scores était l'un des éléments centraux de l'analyse du risque menée par l'établissement de crédit. Reste à savoir si les parties au procès non bénéficiaires du secret peuvent aussi aisément obtenir communication de ce dossier ?

a-2 Le demandeur au procès : le tiers lésé, une inopposabilité incertaine.

a-2-1. La position de principe

1146. Opposabilité du secret professionnel. Par principe nous serions tentés d'affirmer que les établissements de crédit seraient fondés à opposer le secret professionnel lorsque le demandeur n'est pas la personne protégée par ce secret. En effet, si le secret bancaire vise la protection du client emprunteur, notamment, il paraîtrait logique d'admettre qu'envers les tiers, ce secret doive s'opposer à toute communication des pièces relatives à la situation du client. L'analyse du risque menée par la banque faisant à coup sûr partie intégrante du dossier interne de la banque, il devrait être permis à l'établissement de crédit de retenir par-devers lui les informations qu'il contient²¹³¹.

²¹³⁰ Voir sur cette décision, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, octobre 1995, décision n° 1182, page 917 et suivantes ; Thierry BONNEAU, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, n° 49, 1995, page 94 et suivants ; Haritini Matsopoulou, précité, page 574 et suivantes ; Anne Charveriat et S. MARTIN, Memento Francis Lefèbvre, « Défaillances d'entreprises : régime juridique des procédures collectives », édition Francis Lefèbvre, 1997, n° 1239, page 386.

Certains arguments résultant ainsi des textes, de la doctrine et de la jurisprudence nous amènent à aller dans ce sens.

1147. Texte. Ainsi, à l'alinéa 2 de l'article 10 du Code civil ²¹³², il est édicté, en contrepois de l'alinéa 1^{er} prônant le principe général que, « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice... » ; l'exception selon laquelle : « celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation... peut être contraint d'y satisfaire... » ²¹³³. Le « motif légitime » ne se trouve-t-il pas pour le banquier dans l'interdiction qui lui est faite, de par la loi ²¹³⁴, de communiquer à quiconque des informations confidentielles recueillies à l'occasion de sa mission ? Certains auteurs ²¹³⁵ l'ont clairement et brillamment affirmé.

1148. Secret bancaire et motif légitime. En fait tout repose sur l'opposition entre, d'une part, le principe général édicté à l'article 1^{er} qui impose à tout le monde de collaborer à la manifestation de la vérité et, d'autre part, l'alinéa 2 qui admet par exception qu'il peut être dérogé à ce principe s'il existe un motif légitime. Or, par application stricte de l'article L. 511 - 33, qui ne prévoit pas de dérogation au profit des juridictions civiles, et du principe général *specialia generalibus derogant*, il doit être considéré que le secret bancaire est un motif légitime ²¹³⁶. Ainsi, selon le Professeur Thierry Bonneau, le problème posé par le silence des textes peut être résolu par l'équation suivante : si le client, « n'a autorisé aucune levée du secret bancaire il peut paraître logique de considérer, d'une part, que le banquier ne peut invoquer aucun document couvert par le secret, et d'autre part, que l'on ne peut pas lui imposer une communication de pièces. Mais bien sûr, ajoute-t-il, ici le secret bancaire semble être une arme de défense trop facile et, de ce fait, contestable. Mais, n'est-il pas tout aussi contestable que l'existence d'une instance puisse permettre de remettre en cause la portée du secret bancaire, celui-ci étant opposable à tous les tiers ? Admettre la communication de pièces à des tiers parce que ceux-ci ont assigné le banquier serait alors un moyen facile pour contourner le

²¹³¹ Sauf, bien évidemment, l'hypothèse particulière où le bénéficiaire du secret aurait levé ce secret. L'arrêt précité du 11 Avril 1995 nous a démontré que cette levée pouvait même être implicite et résulter de la demande de communication dès lors que celle-ci émanait de l'administrateur judiciaire.

²¹³² Lorsque le banquier est partie au procès, seule cette disposition est évocable par lui pour faire échec à la communication. En effet, les articles 11 et 141 du NCPC qui admettent, « l'empêchement légitime », à l'appui d'un refus de communication ne concernent que les tiers au procès. S'agissant des parties au litige l'article 142 du NCPC relatif aux demandes de communication des pièces ne renvoie qu'aux articles 138 et 139 du même code. Mais, ces articles ne prévoient pas l'hypothèse d'empêchement légitime.

²¹³³ Il est admis que cet article ne vise pas seulement les tiers au procès, mais également les parties elles-mêmes. En ce sens, Voir Thierry BONNEAU, précité, note n° 34 *in limine* ; voir aussi Cour d'appel de Paris 7 mars 1972, JCP (G), 1972, IV, page 202.

²¹³⁴ Article L. 511 - 33 du Code monétaire et financier, et articles L. 226 - 12 et L. 226 - 13 du Code pénal.

²¹³⁵ En ce sens, Thierry BONNEAU, précité, n° 10, 11, 12 et 13 ; voir aussi, mais de façon beaucoup plus timorée, Olivier STAES, précité, n° 9, pages 627 et 628.

²¹³⁶ En ce sens, Thierry BONNEAU, précité, n° 10.

secret bancaire »²¹³⁷. Pour notre part nous souscrivons entièrement à l'analyse. Et ce d'autant plus facilement que la jurisprudence, du moins une partie de celle-ci, vient étayer l'analyse.

1149. Jurisprudence et empêchement légitime. Deux ordonnances²¹³⁸ rendues en la matière viennent nous conforter dans l'idée que le banquier pourrait, et même devrait, s'il n'est autorisé par son client, opposer le secret bancaire au tiers partie au litige. En effet, ces deux décisions²¹³⁹ ont refusé la communication d'un rapport interne à la banque au motif que les informations qu'il contenait étaient couvertes par le secret professionnel. C'est là une illustration que le motif légitime peut être le secret bancaire. La référence à une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation²¹⁴⁰ finira de nous persuader de la légitimité de l'opposabilité du secret bancaire au tiers, alors même que le banquier était partie au procès. Dans cette affaire les Hauts magistrats sont venus censurer une Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable l'appel formé par la banque à l'encontre d'un jugement du Conseil des prud'hommes qui, lui, avait ordonné de verser au greffe un rapport établi par la commission bancaire aux motifs que « l'atteinte prétendument portée au secret bancaire ne peut faire obstacle aux pouvoirs reconnus au juge d'ordonner communication de tous documents détenus par une partie ». C'est cette motivation que la Cour de cassation vient contrecarrer en relevant « que la production ordonnée se heurtait à un empêchement légitime tenant au secret bancaire, en sorte que l'excès de pouvoir entachant la décision des premiers juges rendait l'appel immédiatement recevable... »²¹⁴¹. Cette dernière décision de la Cour de cassation, même si elle est rendue par la chambre sociale, convaincra-t-elle une grande partie de la doctrine et l'autre partie de la jurisprudence que le secret bancaire constitue un « motif légitime » pouvant chasser l'alinéa 1^{er} de l'article 10 ? Car, il est vrai que certains auteurs préfèrent sacrifier le secret professionnel au profit de la manifestation de la vérité. L'opinion inverse, et la confirmation de cette jurisprudence, bloquerait alors au juge la possibilité de fonder la responsabilité du banquier sur l'analyse score, à défaut de pouvoir connaître la place occupée par elle dans l'exercice des diligences et du discernement de ce banquier.

a-2-2. L'exception : la prévalence du « droit à la vérité »²¹⁴².

1150. Une tendance doctrinale et jurisprudentielle tend à reconnaître le droit pour

²¹³⁷ *Ibidem*, n° 12.

²¹³⁸ Tribunal de grande instance de Compiègne, 8 novembre 1988, et Tribunal de grande instance de Bordeaux, 19 juin 1990, Dalloz, 1992, sommaire, page 32. Cependant, voir aussi, cassation commerciale, 19 juin 1990, précité, analyse *a contrario*. En effet, si la partie demanderesse n'avait pas été le bénéficiaire du secret, la situation aurait-elle été la même ?

²¹³⁹ Mais, plus spécialement, la seconde où le banquier était partie au litige à la différence de la première. Dans ce dernier cas, la solution ne doit effectivement pas surprendre.

²¹⁴⁰ Arrêt de cassation du 25 janvier 1999, Revue Procédures, mai 1999, page 10, n° 124.

²¹⁴¹ On pourra remarquer que la Cour parle d'empêchement légitime, terme employé par les articles 11 et 141 du NCPC, pourtant inapplicables aux parties au litige. Cependant, la formule est ici employée sous forme de principe indépendant d'une quelconque référence à ces articles qui auraient, à coup sûr, entachés la décision d'erreur de droit.

la partie au procès de demander communication du dossier interne de la banque pour établir son éventuelle faute dans l'octroi du crédit. Le fondement est alors trouvé à l'alinéa 1^{er} de l'article 10 du Code civil selon lequel « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Le secret professionnel bancaire ne pourrait alors plus servir de motif légitime pour justifier le refus de communication des pièces et des documents essentiels dans cette manifestation de la preuve. Le secret professionnel bancaire ne pourrait le devenir que s'il protégeait des « valeurs supérieures à celles du droit à la preuve. Or, cette supériorité est bien improbable »²¹⁴³. Une partie de la jurisprudence confirme la position rapportée. Ainsi, nous est-il possible de citer une ordonnance du Tribunal de grande instance de La Roche-sur-Yon²¹⁴⁴ qui est venue admettre en cette hypothèse où la partie au procès n'était pas bénéficiaire du secret que la banque devait lui communiquer les pièces couvertes par le secret professionnel. Finalement, au terme de ce développement, il devient difficile d'isoler une règle précise applicable en toutes hypothèses similaires. On peut simplement se demander si, dans les cas où les juges feront droit aux demandes de communication, les décisions de ces derniers seront opportunes. Car, que ce soit pour l'information personnelle du juge²¹⁴⁵ ou pour l'information des parties au procès, n'y a-t-il pas dans ces demandes de communication une atteinte à un autre principe qui veut que nul ne peut être obligé de prouver contre soi-même ?

b./ De l'opportunité de la levée du secret professionnel bancaire.

1151. Plan. L'on peut effectivement se poser la question de l'opportunité d'une levée du secret professionnel au profit du juge civil ou des parties au procès²¹⁴⁶. Au plan théorique, l'on peut se demander s'il est équitable d'obliger une des parties, le banquier, à

²¹⁴² Voir sur cet aspect, André DECOCQ, « Le secret de la vie privée en droit français », in ouvrage, « Le secret et la vie privée », travaux de l'association Henri Capitant, 1978, page 485.

²¹⁴³ François GRUA, précité, n° 38, pages 26 et 27. Voir, en ce sens, Bernard BOULOC, précité, page 86 *in fine* et page 87 ; Olivier STAES, précité, n° 8 et 9.

²¹⁴⁴ Du 13 décembre 1995, Dalloz, 1996, sommaire, page 350, commentaires, Pierre JULIEN. Pour d'autres références, voir François GRUA, précité, page 27, note n°123.

²¹⁴⁵ Qui peut, on le sait, pour sa propre information, mandater un homme de l'art aux fins d'établir un rapport sur les conditions d'octroi du crédit. Dans cette hypothèse, bien précise, le secret professionnel bancaire pourrait être protégé. Il suffirait à l'expert de ne pas retranscrire dans son rapport les informations confidentielles, mais seulement de les commenter. Etant lui-même tenu au secret professionnel, on pourrait dire que l'atteinte n'est pas consommée. Mais, outre le fait qu'il sera bien difficile, dans le cadre d'une expertise, de faire fi, dans le rapport, d'informations confidentielles, il n'est pas du tout évident que du seul fait d'une communication des pièces à l'expert l'atteinte ne soit pas établie. En effet, à reprendre un auteur, « Cet argument est peu pertinent car si on le pousse à l'extrême, pourquoi alors ne pas admettre que toutes ces personnes tenues à un secret professionnel puissent se communiquer entre elles les informations confidentielles qu'elles détiennent ! », Thierry BONNEAU, précité, n° 13.

²¹⁴⁶ Parties qui voudraient étayer la faute de la banque lors de l'analyse du risque et qui devront donc soumettre à l'appréciation du juge les diligences effectuées par l'établissement de crédit en vue de l'exercice du discernement. Ce qui revient effectivement, là encore, à poser au juge la question de la place du score dans la décision, et par ricochet, comme critère de la responsabilité.

produire des pièces qui peuvent lui être préjudiciables ? Cela ne revient-il pas à forcer l'établissement de crédit à prouver contre lui-même (b-1). Ensuite, au plan pratique, est-il réellement judicieux, si l'on veut établir la preuve d'un fait, de s'en remettre à la documentation interne de la banque ? Celle-ci pouvant, à la rigueur, la modifier à souhait avant même la communication, et ainsi biaiser l'issue du procès²¹⁴⁷ (b-2).

b-1 L'opportunité de l'atteinte au secret bancaire au regard de la règle, « Nemo tenetur edere contra se »²¹⁴⁸.

1152. Démarche. Il est en effet assez surprenant que le juge puisse forcer une des parties à produire des pièces, telles que le dossier interne d'analyse du risque, qui ne plaident pas en sa faveur. Cela est d'autant plus surprenant que finalement lorsque de juge doit apprécier la faute du banquier au travers les documents internes à l'établissement de crédit, c'est toujours pour satisfaire un intérêt purement privé²¹⁴⁹. L'atteinte au secret professionnel est-elle justifiée sur ce plan ? La réponse doit être négative. En effet, au plan de l'équité la solution contraire heurterait l'esprit (b-1-1). Malgré tout, il semble que le droit positif français ait choisi une autre voie : celle de la recherche de la vérité (b-1-2).

b-1-1 La position de principe : le droit de ne pas s'auto-accuser.

1153. Au plan de l'équité il peut effectivement apparaître perturbant que l'on soit obligé, en faisant droit à la demande du juge, de s'auto-accuser. Après tout, « qu'une partie fournisse ses pièces, c'est tout ce qu'on peut lui demander : elle n'est pas tenue d'en procurer à son adversaire »²¹⁵⁰. C'est bien cette thèse qu'a voulu défendre un banquier devant la Cour de cassation pour refuser de communiquer son rapport interne de l'analyse de la dignité de crédit de l'emprunteur partie au procès.

1154. La jurisprudence européenne. En effet, dans l'affaire soumise au juge²¹⁵¹, il était question, pour la partie adverse, de solliciter, avant tout procès²¹⁵², la communication de documents internes à la banque, et qui devait lui permettre d'établir la faute de la banque lors de la distribution du crédit. Pour s'opposer à cette demande l'appelant invoqua le droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²¹⁵³. Sur cette base, il avança l'argument que cette disposition impliquait que nul ne puisse être condamné à fournir des preuves contre

²¹⁴⁷ L'usage de l'informatique dans le cas des systèmes scores ou experts ne pouvant que rendre plus probable l'hypothèse.

²¹⁴⁸ *Sur cette règle que personne n'est obligé de fournir une preuve qui puisse lui nuire, Voir Jean-Jacques DAIGRE, « La production forcée des pièces dans le procès civil », P.U.F., 1979, page 115 et suivantes.*

²¹⁴⁹ Voir sur ce point, Thierry BONNEAU, précité, n° 11.

²¹⁵⁰ GARSONNET, « Traité théorique et pratique de procédure », Paris, Larose, 1898, tome 2, 2ème édition, page 702, cité par Jean-Jacques DAIGRE, précité, page 16.

²¹⁵¹ Cassation commerciale, 11 avril 1995, précité, *supra* n° 1144.

²¹⁵² Demande rendue possible par l'article 145 du NCPC.

lui-même. Dès lors, selon le banquier la Cour d'appel, en l'enjoignant de communiquer des documents internes²¹⁵⁴ à l'administrateur judiciaire, celle-ci aurait violé l'article 6 de cette convention. Le moyen ne manquait pas de pertinence tant il est vrai que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a fondé le droit pour tout accusé de ne pas contribuer à sa propre incrimination²¹⁵⁵. Certes, la décision concernait en l'espèce la matière pénale, mais il est admis que l'article 6 de la C.E.D.H. concerne également la matière civile et commerciale²¹⁵⁶.

b-1-2 La prévalence de la recherche de la vérité.

1155. Conception retenue par la Cour de cassation. Malheureusement, pour le banquier, la Cour de cassation n'a pas suivi cette thèse et a écarté l'application de l'article 6 à la matière jugée aux motifs que la banque était tenue d'apporter son concours « à la mesure d'instruction sollicitée ». C'était là, ni plus ni moins, poser le principe de supériorité de la manifestation de la vérité au détriment du droit, théorique, à ne pas s'auto-accuser. Il est exact qu'en l'espèce, celui qui sollicitait la communication des documents internes à la banque était le bénéficiaire du secret professionnel. Mais, l'on ne peut s'empêcher ici de penser qu'en France, c'est bien la règle de l'alinéa 1^{er} de l'article 10 qui est, au moins implicitement, appliquée par les juges. L'obstacle du secret bancaire, du moins de son opposabilité au juge civil ou commercial, étant vaincu, plus rien ne semble s'opposer à ce que les juges tiennent davantage compte de la méthode des scores pour fonder (ou exclure) la responsabilité du dispensateur de crédit. Pouvant apprécier, par l'intermédiaire de l'expertise ou des conclusions des parties, la place qu'aura prise la note score, il lui sera alors possible de prendre en considération cet élément, et plus généralement les méthodes ayant abouti au résultat score pour prendre sa décision. Mais, peut-être qu'en la matière l'obstacle majeur ne se situe pas tant à ce niveau, mais plutôt à celui de la pertinence d'une telle preuve.

b-2 De l'opportunité de l'atteinte au secret bancaire au regard de la règle : « nul ne peut se constituer une preuve à lui-même »²¹⁵⁷.

1156. Problématique. L'intitulé revient à poser la question suivante : dans quelle mesure les informations contenues dans le dossier de crédit, et pour ce qui nous intéresse, les résultats scores ou experts, peuvent-elles être prises en compte par le juge pour fonder sa décision alors même qu'elles émanent de la personne contre laquelle il faut prouver ? C'est finalement ici poser la question de la force probante de l'information

²¹⁵³ C.E.D.H.

²¹⁵⁴ Procès-verbaux des comités de crédit, études bilantielles, notes de services, et de façon générale tout ce qui se rapportait aux opérations du crédit considéré.

²¹⁵⁵ Affaire Funke c/ France, 25 février 1993, volume 256 - A, série A, citée par Haritini Matsopoulou, précité, page 576.

²¹⁵⁶ *Ibidem*.

²¹⁵⁷ Voir sur cette question, Hervé CROZE, « Informatique, preuve et sécurité », Dalloz, 1987, I, page 165 et suivantes, notamment page 166.

eu égard non seulement à son caractère unilatéral (b-2-1) mais également eu égard à son caractère informatique (b-2-2).

b-2-1 Origine unilatérale des informations.

1157. Force probante et qualité du communicant. C'est un fait, lorsque le juge obtiendra communication des informations internes à la banque, il obtiendra des documents établis par cette dernière. Dans ces conditions il est possible de douter de la pertinence d'une telle production. En effet, il est facile d'imaginer que l'établissement de crédit fournisse au juge ou à la partie qui en fait la demande une documentation non fidèlement conforme à la réalité de l'étude effectivement menée pour bâtir la décision d'octroi ou de refus du crédit. Ce risque réside évidemment dans le mode d'établissement du document et donc de la preuve. En laissant à l'établissement de crédit le soin d'établir la réalité des faits, l'on s'expose à ce que cette réalité ne soit pas fidèlement et objectivement décrite, du moins qu'elle le soit mais à son avantage. Admettre sans réserve la solution serait donc considérer qu'il est possible de se constituer une preuve à soi-même. Or, ce serait là aller à l'encontre du principe inverse admis en droit positif français, selon lequel « nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », prolongement d'un autre principe d'après lequel, « on ne peut être à la fois juge et partie ». Pourtant, lorsque le juge demande communication du dossier interne à la banque c'est bien à ce risque qu'il s'expose. L'observation est d'autant plus vraie dans le cas des scores que ceux-ci ont pour origine l'outil informatique.

b-2-2 Origine informatique du document.

1158. Force probante et mode de conception du document. Il est effectivement d'autant plus difficile d'admettre pour preuve un document issu de l'établissement de crédit que celui-ci trouve son origine dans l'outil informatique. En effet, l'une des conditions d'admission de ce type de preuve réside dans son caractère unilatéral²¹⁵⁸. Or, quoi de plus altérable qu'une mémoire d'ordinateur ? La difficulté a parfaitement été exposée par le Professeur Hervé Croze d'après qui « Produire le contenu d'une mémoire revient en pratique à produire un document écrit (et signé) au crayon à papier »²¹⁵⁹. Il est certes vrai que le résultat score est sorti sur papier. Cependant, il serait très facile à l'établissement de crédit de modifier ce résultat simplement en modifiant les critères d'entrée. En cette hypothèse, au demeurant peu loyale de l'établissement de crédit, le juge pourra difficilement déceler la manipulation. Partant, toute décision fondée sur un tel écrit ne rendrait évidemment pas compte de l'interprétation originelle des données faite par le banquier, et qui lui a permis de fonder sa décision. Cette fragilité intrinsèque à l'utilisation de l'informatique ne peut favoriser la prise en considération par le juge de telles techniques d'évaluation de la dignité de crédit. De plus, quand bien même la transcription sur support papier du traitement informatique serait admise comme mode de preuve²¹⁶⁰, en tant que telle, cela ne devrait pas permettre au juge d'apprécier la place que ces techniques, et leurs résultats, auront prise dans la décision d'octroi ou de refus. Pour cela, seule la motivation de la décision prise par l'établissement de crédit sera d'un

²¹⁵⁸ *Ibidem*, page 168, n° 13.

²¹⁵⁹ Dans le même sens, Raymond GASSIN, « Le droit pénal de l'informatique », Dalloz, 1986, I, page 41.

quelconque secours.

B L'accès à la motivation de l'établissement de crédit.

1159. Etat des questions. Nous devons reconnaître que même en possession du dossier de crédit il n'est pas certain que le juge puisse identifier, dans ce dernier, l'élément ou les éléments qui auront emporté la décision de l'établissement de crédit. Se sera-t-on fondé sur l'étude du bilan, sur la situation et les perspectives économiques de la personne ? Se sera-t-on davantage fié au passé de l'emprunteur ou à sa capacité future de remboursement ? Pour une entreprise, à sa cotation Banque France ou à son score Banque de France ou même interne à l'établissement de crédit ? Pour un particulier aura-t-on pris la décision sur la base de la note score ou sur une analyse classique ? Voilà autant de questions auxquelles il est fort difficile de répondre. Cependant, dans certains cas le juge pourrait être aidé dans sa mission par un élément du dossier : c'est la motivation qu'aura pu apporter l'établissement de crédit à sa décision finale.

1160. Nécessité de l'accès à la motivation. En effet, une telle motivation permettrait à coup sûr de connaître quel aura été l'élément déterminant de la décision. En quelque sorte celui qui aura permis l'exercice du discernement du banquier. Mais, toutes les décisions sont-elles motivées expressément ? Il n'est en effet pas du tout certain que l'établissement de crédit ait motivé sa décision par écrit. Et compte tenu de nos développements sur le secret bancaire est-il prudent pour le dispensateur de crédit d'opérer de la sorte ? Pourtant, même en cette hypothèse, il semble que les juges aient trouvé une réponse. Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Versailles²¹⁶¹ le vendeur d'un bien immobilier sous condition suspensive d'obtention d'un prêt par l'acheteur avait obtenu par ordonnance de référé que l'établissement de crédit, qui avait refusé le prêt, produise non seulement le dossier complet de la demande de prêt par l'acheteur, mais également les raisons du refus. La Cour d'appel de Versailles avait certes refusé la demande de communication complète du dossier, mais avait en revanche enjoint à la banque d'avoir à indiquer par attestations divers éléments tels que la date de la demande, le montant du prêt, le taux d'endettement des demandeurs ainsi que les motifs de refus du prêt²¹⁶². En procédant de la sorte il serait donc possible de savoir quels ont été les éléments de la prise de décision. Partant, de savoir si un score (ou un

²¹⁶⁰ Sur la question de la preuve informatique et de sa force probante, voir tout spécialement, François GRUA, précité, n° 10 et suivants. Cependant, et pour notre part, nous soulignerons le fait qu'en pratique le juge admet ce type de documents comme une preuve pertinente quelle que soit la nature des pièces qui y figurent : informatique ou autre, note score, résultat expert, bilans, PV du comité de crédit, des services internes... D'ailleurs, la généralisation de l'utilisation de l'informatique dans l'analyse d'une demande de crédit rend aujourd'hui peu pertinente une distinction de la sorte. Finalement, c'est presque toujours des informations tirées de l'ordinateur qui constitueront le dossier interne de la banque. Il serait alors anormal d'opérer un tri entre les différentes pièces du dossier selon qu'elles émanent directement de l'Homme ou bien de la machine.

²¹⁶¹ Cour d'appel de Versailles, 23 mars 1994, précité, Revue Banque et Droit, n° 556, 1995, page 89 et suivantes, commentaires de Jean-Louis GUILLOT.

²¹⁶² Nous remarquerons que la solution ne manque pas d'audace lorsque l'on sait que le banquier n'a pas à motiver sa décision faute de droit au crédit.

résultat expert) a été pris en considération et dans quelle mesure. Pourtant, pour que le juge puisse réellement prendre en considération ces techniques il semble qu'il faille aller encore plus loin.

II L'appréciation de la place des scores dans la décision du juge.

1161. Problématique. Une fois établi l'usage du score et de la place qu'il aura pris dans l'exercice du discernement du banquier, restera à savoir ce que le juge devra et pourra faire de ce constat. Car, constater un fait ne donne aucune réponse quant à la conduite qui devra ou pourra être celle du juge de la responsabilité pour octroi de crédit abusif. Finalement quelle place accorder à ces méthodes dans ce qui doit être la décision du juge ? (A). Ce n'est pas là une question à laquelle il est aisé de répondre à défaut, à l'heure actuelle, d'évolution allant dans ce sens. Plus gênant encore, et c'est peut-être là un obstacle rédhibitoire à la prise en compte de ces techniques dans l'appréciation de la responsabilité, est que le juge devra nécessairement, avant d'intégrer les scores dans sa décision, s'enquérir de quoi sont faits ces résultats. Il est vrai que nous voyons mal le juge fonder sa décision sur de tels résultats sans, auparavant, s'être informé sur les fondements techniques des méthodes ayant produit ces notes (B).

A Le degré d'intervention possible du score dans la décision judiciaire.

1162. Problématique. Pourra-t-on reprocher au banquier de ne pas avoir effectué une démarche score au même titre qu'il pourrait lui être tenu rigueur de ne pas avoir, par exemple, consulté les différentes sources de renseignements qui s'offre à lui ? Autrement dit, pourra-t-on intégrer l'analyse du risque de crédit par les scores dans l'obligation de s'informer, mise à la charge du dispensateur de crédit ? Pourra-t-on reprocher, si une telle notation a été établie, de ne pas en avoir tenu compte ou suffisamment compte dans la décision finale ? Cette dernière question en engendre une autre plus insidieuse encore. Finalement, n'y aura-t-il pas dans cette hypothèse un risque pour l'établissement de crédit à devenir prisonnier de ses propres normes ? Ainsi, à une note positive devra-t-il systématiquement correspondre un octroi de crédits ? Inversement, en cas de note négative la réponse devra-t-elle toujours être le refus ? Que se passera-t-il si en cas d'octroi du crédit sur la base d'un score positif, le remboursement n'a, *in fine*, pas lieu ? Le juge devra-t-il (ou pourra-t-il) d'emblée rejeter toute idée de responsabilité ? Comment sera jugée l'attitude du banquier qui aura refusé un crédit alors que la note était positive ? Devra-t-on automatiquement considérer le refus comme abusif ? Pareillement, qu'advient-il si, malgré une note score négative, la confiance du banquier est donnée ? Le juge devra-t-il ici admettre une responsabilité systématique ?

1° Une dérive à éviter : l'automatisation des décisions de justice.

a./ La réalité du risque.

1163. Un banquier prisonnier de ses propres normes. A suivre cette logique, une réponse positive devrait être apportée. Le banquier se verrait alors enfermer dans un ensemble de normes qu'il aurait lui-même créé, et desquelles il ne pourrait se départir sans voir sa responsabilité engagée. Rappelons-nous que le Professeur Jean Stoufflet

nous avait mis en garde contre une normalisation excessive des méthodes d'octroi ²¹⁶³. En effet, selon lui une codification des règles de l'octroi, ce à quoi aboutirait la méthode de score, serait, « Peu souhaitable dans la mesure où l'automatisme de décisions insérées dans un réseau de données impératives, pourrait se retourner contre les demandeurs de crédit ». Certes, ici le risque avait été relevé du point de vue des demandeurs de crédit, en ce sens qu'il pouvait aboutir à des règles de sélection strictes et dépersonnalisées, mais l'observation peut tout aussi bien être transposée aux établissements de crédit eux-même. A défaut de suivre le score leur responsabilité ne pourrait-elle pas ainsi être reconnue automatiquement ?

b./ Les fondements d'une telle dérive.

1164. Le résultat informatique : le prolongement de la volonté du banquier. On peut même se demander, comme a pu faire le Professeur François Grua ²¹⁶⁴, si finalement le résultat issu de la machine ne vaut pas manifestation de la volonté de la banque d'agir dans telle ou telle direction. Si tel était le cas, le juge pourrait alors en tirer certaines conséquences au plan de ce qui a été ou aurait dû être la décision du banquier. Et, partant, retenir ou écarter la responsabilité sur cette seule base. « Sans doute, nous dit François GRUA, l'écriture n'exprime pas nécessairement la volonté réelle du banquier, mais elle demeure un élément de preuve de cette volonté. Elément à lui seul insuffisant, mais qui emporte la conviction lorsqu'il est corroboré par la preuve que la machine est programmée pour traduire la volonté exacte du banquier face à une situation déterminée, soit, dans le cas contraire, par celle que le banquier a approuvé l'écriture sortie de la machine » ²¹⁶⁵. L'idée nous paraît parfaitement transposable à la matière étudiée. Le résultat score ou expert issu du programme informatique élaboré par l'établissement de crédit lui-même ne représente-t-il pas finalement l'expression de sa volonté ? Nous serions, pour notre part, tenté de répondre par l'affirmative.

1165. Paramètres explicatifs. En effet, lors de notre étude relative au principe d'humanité des décisions n'avions-nous pas souligné le fait qu'au bas de l'échelle les agents de crédit auraient du mal à s'opposer aux résultats informatiques ? Or, l'une des raisons évoquées était précisément que ces outils sont censés traduire la volonté de la direction. A tel résultat doit correspondre telle réponse et ce, sans que l'agent puisse s'en écarter sous peine d'engager sa responsabilité. Dans ces conditions, comment considérer la machine, et ses résultats, autrement que la manifestation de la volonté du banquier ? Cette idée est confortée par le fait que le manipulateur du programme se trouve être dans un état d'infériorité l'empêchant d'aller contre l'avis de l'ordinateur. Ce dernier étant censé concentrer en lui tout le savoir et le savoir-faire des plus grands experts, il devient difficile à l'utilisateur d'en faire abstraction. Son rôle se limitant alors à avaliser le résultat sorti de la machine. Il devient alors prisonnier d'un *corpus* de règles prédéterminées par l'homme,

²¹⁶³ Jean STOUFFLET, « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », in, « Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de la banque », précité, page 32.

²¹⁶⁴ Précité, n° 7 et 8, à propos des effets de commerce.

²¹⁶⁵ *Ibidem*, n° 8.

mais exprimées par l'ordinateur que l'on a du coup encéphalisé. La réponse va varier elle-même en fonction de la place qu'aura pris la note score dans la décision d'octroi de refus du crédit, et on peut donc imaginer qu'en matière de distribution du crédit en mode prescription la référence au score soit davantage présente dans la motivation du juge. Ainsi, à l'automatisation de la décision d'octroi ou de refus du crédit devrait donc correspondre, si l'on suit cette logique jusqu'au bout, une automatisation des décisions de justice. Il n'est pas certain qu'un tel dénouement soit souhaitable et emporte la conviction.

2°Le score en tant que simple indice de la responsabilité.

a./ Analyse a priori.

1166. Le score un critère de la responsabilité à rejeter. Ainsi, de l'opinion du Professeur Jean STOUFFLET, les techniques de type score, « ne sauraient, en tant que telles ²¹⁶⁶, être opposées au banquier qui les adapte en fonction de la politique propre de son établissement. Chaque banque apprécie librement les risques qu'elle estime pouvoir prendre. Il fallait donc que les tribunaux élaborent leurs propres critères d'appréciation du comportement du banquier donneur de crédit en se fondant, non sur le degré de risque qui est acceptable pour le prêteur, mais sur le degré de risque engendré par le crédit qui est acceptable pour l'économie ». La remarque ne manque pas d'à propos et devrait sans nul doute empêcher une contagion de l'automatisation de certaines décisions de crédit vers la décision de justice elle-même. En effet, le juge doit aussi, dans sa décision, prendre en considération d'autres paramètres que sont l'intérêt de l'emprunteur et donc de l'économie tout entière. Mais sous cette réserve, nous ne voyons pas très bien ce qui pourrait faire obstacle à l'entrée des scores parmi les critères d'appréciation de la responsabilité bancaire.

b./ Une conception envisageable.

1167. Les raisons permettant de valider les techniques scores comme indice de la responsabilité. Dès l'instant où ces techniques ont fondé la décision, ne serait-ce que partiellement, elles font partie, selon nous, des diligences qu'aura accompli le banquier. En cela, il nous semble donc logique que le juge les intègre dans son raisonnement en tant qu'indice de la responsabilité au même titre que n'importe quelle diligence effectuée par ailleurs. Et le fait qu'elles soient construites en interne, selon des critères en partie propres à son concepteur, ne change rien à la problématique. D'ailleurs, pour certains types de scores ou assimilés, l'obstacle peut être largement relativisé. Ainsi, que l'on songe un instant aux scores issus de la Banque de France ou même à la cotation Banque de France (forme de score).

1168. Cas des scores et de la cotation de la Banque de France. Ces derniers n'ont pas, eux, l'inconvénient de varier en fonction de facteurs de politique et de stratégie interne. Ils ont pour vocation de donner une image fidèle et objective de l'entreprise. Or, même si la cote ainsi attribuée doit servir, notamment la politique de refinancement de la Banque de France, nous savons que les juges n'hésitent pas aujourd'hui à faire référence à cette cotation pour apprécier les diligences et le discernement dont aura fait preuve le

²¹⁶⁶ C'est nous qui soulignons.

banquier lors de l'octroi ou du refus du crédit. En effet, plus qu'un simple instrument de la politique monétaire, le système mis en place par l'institution est devenu une source d'information incontournable. Il n'est donc pas inimaginable que les scores Banque de France puissent, eux aussi, faire partie un jour des critères d'appréciation de la responsabilité bancaire. Il suffit simplement que la pratique les adopte parmi ses critères de sélection. La solution doit-elle varier pour les scores internes aux établissements de crédit ?

1169. Cas des scores des établissements de crédit. Nous ne le pensons pas. Voilà des techniques dont l'usage s'est fortement répandu dans le monde bancaire et dont la jurisprudence devra, tôt ou tard, tenir compte (au travers leurs résultats) dans l'appréciation de la responsabilité du dispensateur de crédit. Finalement, ce ne serait là que tenir compte d'une évolution des critères de sélection initiée déjà depuis longtemps²¹⁶⁷, et dont la notoriété actuelle permet la solution ici préconisée. Et cela, ne devrait pas empêcher le juge de fonder sa décision sur d'autres éléments, tels que l'intérêt de l'économie par exemple. Cependant, il est vrai que cela ne se fera pas sans poser certaines questions d'ordre conceptuel, notamment, quant au rôle qui doit être celui du juge, quant à la place qui doit être réservée à ces techniques.

B L'appréciation de la pertinence des systèmes scores.

1170. Le risque d'immixtion du juge dans les affaires du banquier. En effet, comment pourrait-il fonder sa décision, ne serait-ce que partiellement, sur des techniques qui lui sont, pour l'heure, totalement étrangères ? Que sait le juge des critères retenus pour l'élaboration de ces résultats ? Que sait-il des pondérations et croisements effectués ? Et, plus généralement, des logiques qui sous-tendent ces traitements ? Nous avons suffisamment insisté sur le caractère secret de ces méthodes pour ne pas relever à ce stade de l'étude les difficultés qui se présenteront au juge pour obtenir les fondements techniques de ces méthodes. Est-ce d'ailleurs seulement de son métier ? N'y aurait-il pas là une immixtion excessive du juge dans ce qui fait partie du métier du banquier ? Certains²¹⁶⁸ n'ont pas hésité à souligner qu'une telle immixtion est « inconcevable ». En effet, une telle ingérence du juge dans les méthodes de *scoring* serait, ni plus ni moins, que « déplacer le métier d'appréciation du risque », ce qui n'est, encore actuellement, certainement pas le rôle du juge. Cette appréciation relève de la seule compétence des établissements de crédit²¹⁶⁹.

²¹⁶⁷ Déjà amorcée, voir sur ce point Alain GOURIO, précité...

²¹⁶⁸ Thierry SAMIN, « Tarification des services bancaires : aspects juridiques », intervention à l'occasion des matinées de L'AFB, conférence du 23 novembre 1999, « La responsabilité des banques : comment y faire face ? ».

²¹⁶⁹ Voir pour une philosophie similaire, Jean STOUFFLET, « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », mélanges Michel CABRILLAC, Litec, 1999, page 517 et suivantes, n°1 et suivants.

Conclusion générale

1171. L'information : source de difficulté. Au cours de nos développements un certain nombre de problèmes ont pu être identifiés, et qui tiennent tous à la nécessité pour le banquier de s'informer sur les capacités de remboursement des demandeurs de crédit. Ces difficultés trouvent évidemment leur source dans les différents moyens élaborés et mis en oeuvre par le banquier pour se tenir informé, afin d'exercer son discernement, c'est-à-dire prendre sa décision en connaissance de cause. Certains de ces modes d'évaluation de la dignité de crédit, que nous avons qualifiés de méthodes classiques, ne soulèvent guère de difficultés ou, du moins, celles-ci étaient connues du juriste. D'autres, au contraire, restaient hors du champ d'intérêt, et donc d'exploration, de ce dernier, à l'instar des techniques de crédit-scoring, qui n'ont pas, elles, manqué de susciter interrogations et complications.

1172. La dangerosité des méthodes modernes d'évaluation du risque. Au départ considérées comme neutres au plan des effets juridiques, ces techniques modernes d'évaluation de la dignité de crédit se sont révélées, et se révèlent, finalement comme extrêmement dangereuses aussi bien pour ceux qui en sont les concepteurs et utilisateurs que pour ceux à qui elles s'appliquent. Cette dangerosité, et l'on ne s'en étonnera pas, est évidemment liée à l'usage de l'outil informatique dans l'élaboration de ces techniques. Cependant, à lui seul, cet élément ne peut suffire à caractériser les risques attachés à de telles techniques. En effet, au-delà de l'intervention de l'outil informatique, il y a aussi, et surtout, l'usage qu'en fera le banquier. C'est-à-dire la place et la confiance qu'il voudra bien accorder à ces modes d'évaluation de la dignité de crédit par rapport à son propre jugement.

1173. Dangérosité pour le demandeur de crédit. C'est indéniable, ces méthodes, et surtout les résultats qu'elles rejettent, représentent une menace pour le demandeur de crédit. Elles sont une menace car elles réduisent la personne à un chiffre, à une couleur, à une lettre, à un oui ou à un non qui ne retrace pas forcément, c'est un euphémisme, toute la réalité de cette personne. Sans revenir sur ce qui a été longuement développé, cette technique observe une réduction extrême du réel. En effet, qu'y a-t-il de plus réducteur que de voir tout ce qui fait une personne, son passé, son présent et son futur, résumé à une simple note ? A cela s'ajoute le fait que les qualités d'une personne, celles qui touchent à sa personnalité, à son vouloir payer, ne sont pas synthétisables par ordinateur. Il y aura toujours cette partie de l'être, pourtant estimée ô combien importante par les professionnels du crédit eux-mêmes, qui échappera à l'ordinateur, et qui fait que la note ou l'appréciation à laquelle il est réduit est parcellaire et ne représente qu'une partie de la vérité. Pourtant, c'est bien de cela dont il s'agit lorsque l'on envisage la question du crédit-scoring ou encore de la cotation Banque de France, et même de la segmentation comportementale. Le premier danger pour l'individu se situe donc d'abord à ce niveau, c'est-à-dire au stade de la face cachée de l'élaboration de ces instruments de décision. A prendre du recul, c'est peut-être d'ailleurs à ce stade de l'élaboration que se trouve le caractère le plus pernicieux de ces méthodes. Car, lorsque l'individu peut intervenir, c'est-à-dire au moment du fonctionnement de l'outil, il est souvent trop tard. La note est produite et est automatiquement associée à l'individu. Or, précisément, c'est là la source d'un autre grand danger pour l'individu : le risque que le résultat soit réceptionné et confondu avec la décision à prendre. L'on passe ainsi insensiblement du résultat rejeté par l'ordinateur à la décision d'octroi ou de refus du crédit, sans aucune autre analyse critique. C'est l'automatisation de la décision mère de tous les maux. Cette automatisation est normalisante, codifiante. A telle situation, à telle note devra alors systématiquement et implacablement correspondre telle décision. L'individu se voit alors enfermé dans un réseau de normes, il se voit étiqueté, catégorisé sans qu'il puisse lutter contre. C'est bien là l'empreinte de l'automatisation des décisions que permet l'usage de ces techniques par le truchement de l'ordinateur. C'est pourtant précisément ce dont le législateur de 1978 n'a pas voulu. C'est pour lui un risque majeur pour les libertés individuelles qu'il faut bannir. En effet, permettre qu'il en soit ainsi c'est avilir l'Homme, c'est le réduire à un rang inférieur à la machine qui le juge. Ce n'est plus l'être humain qui domine alors la machine, mais l'inverse. Ce serait là porter une atteinte grave au concept de dignité et de personnalité humaine. Mais, si l'informatique, et l'automatisation qu'elle permet, est dangereuse pour l'individu demandeur de crédit, elle l'est également, peut être davantage encore, et aussi surprenant que cela puisse paraître, pour ceux-là mêmes qui la manipulent.

1174. Dangérosité pour le dispensateur de crédit. En effet, au départ conceptuellement élaborées pour aider et servir le dispensateur de crédit, ces techniques d'évaluation de la dignité de crédit se sont, dans certains domaines du crédit, purement et simplement substituées au décideur humain. En soit, on pourrait penser que cela n'a guère d'importance. Finalement, que ce soit la machine qui donne la réponse ou le banquier en personne la différence n'est pas grande. Cependant, lorsque l'on replace l'observation dans le contexte dans lequel ces méthodes doivent intervenir, c'est-à-dire dans la distribution du crédit à des individus faits de chair et de sang, la réponse diffère.

1175. Dangerosité au regard de la nature juridique du contrat de crédit. Elle diffère car ce phénomène d'encéphalisation de la machine va venir perturber ce qui, jusqu'à présent, faisait la nature même du contrat de crédit, c'est-à-dire un contrat fondé sur la confiance et *l'intuitus personae*²¹⁷⁰. Il est traditionnel aujourd'hui d'affirmer que l'acte de crédit est un contrat conclu *intuitu personae*. Cependant, cette affirmation peut-elle résister face aux techniques de crédit-scoring ou de systèmes experts ? Ces nouveaux modes d'évaluation de la dignité de crédit n'ont-ils pas fait perdre au contrat de crédit la nature qui le caractérisait jusqu'à présent ?

1176. Techniques modernes et risque de dépersonnalisation de la relation bancaire. Certains²¹⁷¹ se sont interrogés sur ce risque de dénaturation du contrat de crédit lorsque de telles méthodes sont utilisées. Ainsi, selon le Professeur Michel Vasseur, « Le caractère personnel, subjectif, disparaît ou se trouve fortement atténué depuis que sont utilisées, à l'occasion de crédits aux particuliers, les méthodes dites de crédit-scoring à l'occasion desquelles l'octroi ou le refus du crédit est fonction du score global... »²¹⁷². D'autres, n'hésitent pas à aller plus loin encore en parlant²¹⁷³, s'agissant du *scoring*, et

²¹⁷⁰ Voir en ce sens, notamment, Thierry BONNEAU, « Droit bancaire », 2e édition, Monchrétien, 1995, n° 16 ; Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Droit du crédit », tome I : institutions, comptes, opérations, services, Litec, 1990, n° 6 ; François GRUA, « Les contrats de base la pratique bancaire », Litec, 2001, n° 331 ; Mémento Francis Lefèbvre, « Relation banque-client », n° 1030, page 241 ; Michel VASSEUR, « Droit et économie bancaire », fascicule 1, 4e édition, Les Cours de Droit, 1987, page 24 ; Gaël KOSTIC, « *L'intuitus personae* dans les contrats de droit privé », thèse, Paris 5, 1997, notamment n° 105 et 106, n° 113 et suivants ; Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Droit bancaire », précité, Litec, 1992, n° 366, « Les contrats bancaires, quels qu'ils soient, les conventions de crédit tout particulièrement, repose sur la confiance réciproque. Ils sont conclus *intuitus personae* » ; Joseph HAMEL, « Banque et opérations de banque », Tome 2, édition Rousseau et Cie, Paris, 1943, n° 976 et suivants ; Georges Ripert et René ROBLOT, « Traité de droit commercial », tome 2, 15e édition, par Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, L.G.D.J., 1996, n° 237 ; Jack VEZIAN, « La responsabilité du banquier en droit privé français », 2e édition, 1977, n° 106 page 175 ; El M. BEY, « Crédit-bail immobilier », Juris-Classeur, Banque et Crédit, fascicule 652, 11/94, n° 3, 16 et 18 ; Didier VALETTE, « Conventions de crédit : règles communes », Juris-Classeur, Banque et Crédit, fascicule 500, 5/94, n° 31 ; Marie-Thérèse CALAIS-AULOY, « Compte courant », Juris-Classeur, Banque et Crédit, fascicule 210, 8/96, n° 3 et n° 139 ; Jean STOUFFLET, « Garanties bancaires internationales : garanties à première demande », Juris-Classeur, Banque et Crédit, fascicule 610, 8/88, n° 37 ; Jean-Philippe DOM, « Le contrat de banque », Juris-Classeur, Banque et Crédit, fascicule 130, 5/87, n° 2, n° 89 et 105 ; Jean Philippe DOM, « Contrats bancaires : formation », Juris-Classeur, Banque et Crédit, fascicule 130, 11/98, n° 115, 146 et 148 ; Patrice BOUTEILLER, « Présentation du débat sur le régime juridique de la concurrence en matière bancaire », rapport annuel du Comité consultatif, 1999, page 34, référence CD-ROM Théorbe ; Dimitri HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de *l'intuitus personae* », Revue Trimestrielle de Droit Civil, n°1, 2003, page 3 et suivantes ; Isabelle BON-GARCIN, « L'abus de droit dans les contrats de crédit », JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise, 1998, n° 6, page 4 ; Laurence BLOCH, Jérôme BOURDIEU, Béatrice COLIN-SEDILLOT et Guy LONGUEVILLE, « Du défaut de paiement au dépôt de bilan : les banquiers face aux PME en difficulté », Revue d'Economie Financière, 1995, n° 32, page 229 et suivantes, spécialement page 233 ; Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, chronique de droit bancaire, JCP (CI), 1984, étude n° 14.379, n°38 ; Michel CABRILLAC et Jean-Louis RIVES-LANGE, note sous cassation commerciale, 31 janvier 1966, Dalloz, 1966, II, page 50 et suivantes ; Christian GAVALDA, « Le refus du banquier », JCP (G), 1962, I, étude n° 1727, spécialement n° 8 ; Guy-Auguste LIKILLIMBA, note sous Cour d'appel de Paris, 31 mai 1996, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 4/98, n° 9.

²¹⁷¹ Voir en ce sens, Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Droit du crédit », tome 1, « Les institutions », Litec, 1990, n° 8 ; Didier VALETTE, précité, n° 42.

comme si cela était possible, « d'informatisation de *l'intuitus personae* »²¹⁷⁴. Pour notre part, nous n'irons pas jusqu'à dire que *l'intuitus personae* s'est vu informatiser. Adopter une telle solution serait nier le sens même de la notion d'*intuitus personae* et qui veut qu'elle soit, notamment, fondée sur une relation personnelle et humaine.

1177. La notion d'*intuitus personae*. *L'intuitus personae* représente cette part irréductible de l'être qu'il est justement impossible de codifier, de quantifier, et qui fait que l'on contracte ou non avec une personne. Il est fait d'éléments subjectifs qui sont, par essence, inquantifiables. Des techniques comme le crédit-scoring ou les systèmes experts sont alors inaptes à tenir compte de cet élément pourtant caractéristique du contrat de crédit. Bien évidemment, tenter de répondre à la question de l'impact de ces techniques sur la nature du contrat, et plus largement sur la relation bancaire, nécessiterait très probablement de s'interroger sur la signification exacte de cette notion. Doit-elle être réduite à l'appréhension des éléments purement subjectifs de la personne, doit-elle intégrer également les données objectives liées à cette même personne ? Répondre à une telle question outre le fait que cela dépasserait le cadre de notre propos, nécessiterait des développements qui seraient ici beaucoup trop longs. En effet, nous avons vu que leur mise en oeuvre était consubstantielle à l'événement de l'outil informatique. Or, nous avons également signalé que l'informatisation nécessitait, pour être efficace, que le réel soit normalisé, standardisé. Or, précisément, les aspects subjectifs d'une personne sont très difficiles, voire impossible à codifier. Ces éléments qui contribuent pourtant à caractériser *l'intuitus personae* resteront alors toujours hors du domaine de l'informatique et des techniques de *scoring*, pour ne citer que celles-ci. Dans ce cadre, il devient alors tout à fait légitime de se demander si l'usage de ces techniques n'emporte pas dénaturation du contrat de crédit, en cela qu'elles ne prennent pas en considération l'aspect subjectif de la personne, la relation personnelle qui peut s'établir entre le client et l'établissement de crédit, et qui forme le fondement même du contrat de crédit.

1178. Par principe des modes d'évaluation sans influence sur *l'intuitus personae*. Même si cela peut surprendre, *a priori* et par principe, la réponse doit être négative. En effet, en elles-mêmes, ces méthodes n'interfèrent pas sur la relation qui peut s'établir entre le banquier et le demandeur de crédit. Celles-ci ne représentent qu'un moyen d'évaluation de la dignité de crédit d'une personne, mais ne dicte aucune conduite à tenir au banquier. A ce titre, il n'y a pas lieu de les considérer comme dangereuses au

²¹⁷² Précité. Voir aussi du même auteur, mais de façon plus nuancée, rapport de synthèse, « Rôle et responsabilité des banques », Revue de Jurisprudence Commerciale, 09-10/77, n° spécial, page 374. Sur cette dépersonnalisation voir également, rapport du Conseil économique et social, 2000, précité, page 52 ; Alain SERIAUX, « La distribution du crédit mobilier », in ouvrage collectif, « Le Droit du crédit au consommateur », travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction d'Ibrahim FADLALLAH, Paris, Librairies Techniques, 1982, page 266. Sur le phénomène de dépersonnalisation de la banque, voir Jean-Jacques BERTHET, « Les difficultés d'information du banquier », thèse, Clermont - Ferrand, 1986, page 240 et suivantes ; Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, ouvrage précité, n° 7 et 8.

²¹⁷³ A notre sens abusivement.

²¹⁷⁴ Gaël KOSTIC, précité, page 194, n° 281.

plan de la relation de confiance qui peut s'établir entre le banquier et son client. A notre sens, si ces techniques doivent être regardées comme dangereuses au regard de *l'intuitus personae*, c'est davantage par référence à l'usage qu'en fera le banquier plutôt que par référence à leurs caractéristiques propres.

1179. L'usage abusif des techniques modernes d'évaluation ou l'atteinte à *l'intuitus personae* . Expliquons-nous sur ce point. Ces techniques étant dans l'impossibilité de retranscrire la relation qui peut unir deux personnes faites de chair et de sang, le danger viendra de l'usage exacerbé de cette technique (automatisation de la décision). Ainsi, la référence exclusive au score dans le cadre de l'activité de distribution du crédit ôtera tout caractère *intuitu personae* à l'acte. C'est l'automatisation de la décision qui est dangereuse dans la relation bancaire. En dehors de celle-ci, les techniques de *scoring* n'altèrent en rien le lien *intuitu personae* qui unit le banquier à son client. Si l'on appréhende ces méthodes pour ce qu'elles sont, du moins, pour ce qu'elles devraient être, c'est-à-dire des systèmes d'aide à la décision²¹⁷⁵, alors il n'y a pas lieu de les considérer comme menaçantes pour le contrat de crédit au travers ce qui le caractérise : c'est-à-dire un contrat fondé sur *l'intuitus personae*. Cependant, cette réflexion n'est valable qu'en absence d'automatisation de la décision de crédit. Mais, cette hypothèse correspond-elle à la réalité de l'activité bancaire ?

1180. Contexte de l'atteinte. Répondre par l'affirmative serait nier cette réalité, du moins, une partie de celle-ci. En effet, il semble bien que pour certains crédits, le décideur humain ait capitulé face à la machine, consacrant par-là même une logique de distribution dépersonnalisée. Deux paramètres principaux expliquent aujourd'hui cette automatisation de la décision et cette dénaturation du contrat de crédit. D'une part, cette évolution de la relation bancaire est liée à une distribution de certains types de crédits²¹⁷⁶ en masse, ce qui impose une réactivité exemplaire des établissements de crédit ; d'autre part, elle tient au mode de distribution du crédit qui éloigne les établissements de crédit du sujet de l'évaluation. Ce crédit, c'est le crédit à la consommation qui s'adresse à des millions de personnes. Son mode de distribution, c'est le mode prescription qui permet l'octroi d'un crédit sur le lieu même de l'achat, c'est-à-dire hors agence bancaire²¹⁷⁷. La réunion de ces deux paramètres ne pouvait alors qu'aboutir à une certaine automatisation de la décision incompatible avec ce qui fait la nature du contrat de crédit. C'est donc dans ce schéma que l'on peut parler de dénaturation du contrat qui, n'ayons pas peur de le dire, perd alors son caractère de contrat conclu *intuitu personae*. Reste que cette dénaturation n'est pas neutre juridiquement et peut emporter des conséquences graves sur le principe que le banquier est libre de choisir son partenaire.

1181. La conséquence de la dénaturation du contrat de crédit sur la liberté d'action du banquier. Cette liberté, nous l'avons vu, est assise, notamment, sur le fait que le contrat de crédit est conclu *intuitu personae* et qu'à ce titre le banquier est libre de choisir avec qui il veut s'engager, est libre d'accorder ou non son crédit. Or, on l'aura compris, si l'on ôte ce qui constitue le fondement même de la liberté de contracter du

²¹⁷⁵ Si l'on en croit les professionnels du crédit.

²¹⁷⁶ Crédit à la consommation.

banquier²¹⁷⁸, l'on est par voie de conséquence en droit de s'interroger sur la pérennité de ce principe fort de l'activité bancaire, et qui fait qu'il n'existe pas de droit au crédit. Le banquier pourra-t-il refuser un crédit si un demandeur remplit les conditions exigées par le *scoring* ? C'est bien là l'un des dangers les plus sévères de l'automatisation de la décision de crédit. Cet élément est semble-t-il renforcé par la standardisation et la codification qui caractérisent ces techniques, et dont certains auteurs²¹⁷⁹ ont pu, il y a longtemps déjà, souligner le danger. En effet, le fait d'enfermer la décision de crédit, « dans un réseau de données contraignantes qui finiraient par s'imposer de manière automatique »²¹⁸⁰, pourrait porter préjudice aux demandeurs qui sortiraient de ces carcans. Cela est vrai. Cependant, l'argument reste tout aussi valable, si ce n'est plus encore, pour l'établissement de crédit lui-même. Ne risque-t-il pas, lui aussi, de se voir enfermer dans son propre réseau de normes stigmatisé par les techniques de *scoring* ? Dans ce cadre, qu'advient-il de sa capacité de jugement et de sa liberté de décision ? L'automatisation des décisions ne sera donc sans doute pas sans conséquence sur l'activité bancaire, ni d'ailleurs sur la sévérité avec laquelle les juridictions apprécieront le comportement du banquier lors de l'octroi du crédit.

1182. Les conséquences sur l'exercice du discernement. Certains se sont ainsi inquiétés du caractère dépersonnalisé de l'étude d'une demande de crédit fondée sur de telles techniques. Ainsi, de l'opinion de Monsieur Jean Bastin, « Vu la rapidité de décision qui est imposée aux entreprises qui se vouent au crédit sur particulier la notion de « dignité de crédit » est mise en péril par des méthodes de sélection que nous qualifierons d'industrielles ; il devient difficile sur le plan du prix de revient de statuer sur les demandes de crédit avec tout le discernement souhaitable. Il y a là un cercle vicieux dont il est

²¹⁷⁷ L'arrivée d'Internet devrait apporter un nouveau cas d'automatisation de la décision. Passé l'obstacle juridique de la validité du contrat de crédit en ligne, qui n'est pas des moindres, voir sur la possibilité juridique de conclure un contrat de crédit de bout en bout, Isabelle PASSANT, « La loi du 13 mars 2000, portant adoption du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : nouvelle donne pour le droit de la preuve », Cahiers LAMY Droit de l'informatique et des réseaux, n° 125, mai 2000, page 7 et suivantes, notamment page 11, 2e colonne, on devrait trouver via le Web un nouveau réseau de distribution du crédit pour le coup totalement dépersonnalisé. Couplé aux méthodes de *scoring*, l'instrument devrait alors permettre d'atteindre le particulier directement dans son domicile, sans passer par un quelconque intermédiaire, ni même un agent de crédit. On atteint ici un degré d'automatisation des plus abouti, à la rigueur la demande et la réponse pourraient être traitées informatiquement sans intervention de l'homme de l'art, mais aussi des plus dépersonnalisé. Mais, pour l'heure, cette réflexion reste dans le domaine du futur puisque, visiblement, les établissements de crédit ne sont pas encore prêts à franchir le pas. Voir en ce sens, Marie JASOR, « L'offre de crédit à la consommation va bientôt déferler sur le Web », in Dossier Finances : « Crédit à la consommation », Les Echos, mercredi 29 mars 2000, page 66 ; Isabelle REY-LEFEBVRE, « Crédit sur Internet : pédagogique mais rarement concluant », Le Monde, supplément Argent, 22 et 23 avril 2001, pages 2 et 3, et, même auteur même source, « Des prêts moins chers et plus complexes ». Voir aussi sur ces modes de distribution et sur les risques au regard de la confiance, Michel GAUDIN, « Le crédit aux particuliers », précité, page 8

²¹⁷⁸ Voir en ce sens, *supra* n° 565 et suivants ; Thierry BONNEAU, précité, n° 16.

²¹⁷⁹ Jean-Pierre DESCHANEL, précité, page 978, 3e colonne *in fine*.

²¹⁸⁰ *Ibidem*.

difficile de sortir »²¹⁸¹. C'est là reconnaître que seul un examen individualisé de la demande de crédit sera apte à permettre au banquier de se décider en pleine connaissance de cause. Mais, cet examen est impossible dans une distribution du crédit en masse et par prescription.

1183. Les conséquences sur l'admission d'un droit à l'erreur d'appréciation économique. Or, le Professeur Michel VASSEUR, dans ce contexte, n'est pas loin de réclamer un droit à l'erreur pour le banquier lorsque qu'il écrit qu'« il appartient au juge de prendre conscience des conditions concrètes d'exercice de la profession, de ses risques, également de la décentralisation qui fait que le banquier, c'est, dans bien des cas le guichetier d'un petit bureau local, et enfin de la standardisation des services courants qui ne peuvent être assurés que grâce à un traitement de masse, exclusif, d'un examen individuel cas par cas »²¹⁸². Comment ne pas établir le parallèle avec la distribution du crédit sur le lieu même de la vente à l'aide de méthodes automatisées telles que le crédit-scoring. Pour autant, et pour notre part, il semble que l'usage de ces techniques deviendra probablement un facteur d'aggravation de la sévérité avec laquelle le juge appréciera la responsabilité du banquier dans l'octroi de crédits. En effet, le banquier est plus jugé aujourd'hui par rapport à son degré de compétence, de spécialisation et de technicité que par référence aux difficultés qu'il rencontre dans son activité²¹⁸³. Dès lors, le droit à l'erreur réclamé par certains²¹⁸⁴ en raison des difficultés du banquier à s'informer, peut apparaître aujourd'hui, avec les méthodes de *scoring* comme un souhait qui restera à l'état de souvenir²¹⁸⁵, du moins dans le cas des crédits distribués de la sorte aux particuliers. Avec l'émergence de ces techniques ne pourra-t-on pas dire au contraire que le banquier savait, ne pouvait ne pas savoir, qu'il aurait dû savoir ? Ainsi, à l'automatisation de la décision ne correspondra-t-il par une automatisation de la sanction de l'erreur ? C'est un risque que l'on ne peut écarter, mais qui n'est pourtant pas inéluctable.

1184. Une loi informatique et libertés *a priori* perturbante pour le banquier. Il est à ce titre assez remarquable que se soient les principes contenus dans la loi de 1978 qui, selon nous, constitueront, demain, la seule planche de salut de ce qui a toujours caractérisé l'activité de distribution du crédit, c'est-à-dire une activité fondée sur le

²¹⁸¹ Jean BASTIN, précité, page 156.

²¹⁸² Michel VASSEUR, « Droit et économie bancaires », fascicule 1, précité, page 78.

²¹⁸³ Voir en ce sens note *in* Gazette de Palais, vendredi 21 et 22 avril 2000, jurisprudence, page 15.

²¹⁸⁴ Il est vrai dans le domaine du crédit aux entreprises. Voir Jean-Pierre DESCHANEL, « L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit », Revue Banque, octobre 77, n° 366, page 1098, 3e colonne.

²¹⁸⁵ Sur le droit à l'erreur dans les contrats marqués par *l'intuitus personae*, Jean-François RENUCCI, « L'identité du cocontractant », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, juillet - septembre, 1993, page 459 et suivantes ; Gaël KOSTIC, « *L'intuitus personae* dans les contrats de droit privé », précité, n° 380. Pour une application spécifique et son rejet en droit bancaire, voir François GRUA, précité, n° 331, Sophie GDJIDARA, « L'endettement et le droit privé », thèse, Paris, 1999, L.G.D.J., n° 319 et 384.

dialogue et la confiance mutuelle. Il est vrai que cette législation vise avant tout à placer l'être humain au-dessus des ordinateurs. L'objectif est clairement affiché en son article 1^{er} : « L'informatique doit être au service du citoyen... ». Pour cela, la loi de 1978 a édicté un certain nombre de dispositions qui, de prime abord, apparaissent alors comme totalement incompatibles avec l'activité de distribution du crédit. En effet, ce sont bien ces garde-fous, article 2 et article 3, et ce qu'ils impliquent au regard de l'activité bancaire, droit à la connaissance et à la contestation des décisions, droit à une décision individualisée, qui viennent perturber la liberté de sélectionner et de décider des établissements de crédit, pourtant solidement ancrée en droit du crédit²¹⁸⁶. Les établissements de crédit n'ont pas perçu les risques²¹⁸⁷ que pourrait engendrer l'application de cette législation spécifique. Mais, le jour où les demandeurs de crédits auront eux-mêmes perçu le potentiel de ces articles, les banquiers pourront-ils venir se plaindre de l'usage excessif qu'ils auront fait de ces techniques dans certains domaines de la distribution du crédit ? En laissant l'ordinateur réfléchir et agir à leur place, et donc à faire un usage abusif, au moins au regard de la législation informatique et libertés, des techniques de sélection tel que le crédit-scoring, ils seront à l'origine des méfaits que l'on a ici soulevés.

1185. Une loi informatique et libertés néanmoins salvatrice pour le banquier. En effet, c'est peut-être cette même législation qui viendra sauver les établissements de crédit des travers que peut engendrer une utilisation outrancière de ces nouvelles techniques d'évaluation de la dignité de crédit. Car, les articles 2 et 3, notamment, en permettant, voire en renforçant le dialogue entre le banquier et le demandeur de crédit, devront redonner au contrat de crédit sa nature véritable, c'est-à-dire un contrat de confiance, aujourd'hui en péril. Aussi, les droits reconnus par la loi de 1978 ne sont peut-être pas à regarder comme des droits ayant pour objet et résultat de porter atteinte aux intérêts légitimes des établissements de crédit, mais simplement comme un moyen de préserver ce qui a toujours été le contrat de banque.

1186. Une loi bénéfique au plan de la relation bancaire. Mieux encore, le banquier en privilégiant la transparence et le dialogue pourrait redonner à l'acte d'engagement ce qu'il est réellement, c'est-à-dire un engagement réciproque des deux parties, ce qu'il n'est plus aujourd'hui face à l'évolution consumériste et à l'automatisation de la décision qui place le consommateur en incapable intellectuel, et qui fait que la responsabilité du banquier dans la distribution du crédit est sévèrement jugée. En faisant participer davantage l'individu dans l'élaboration de la décision, certes la banque perdra sur le plan de la liberté, si peu, mais elle gagnera beaucoup sur le plan économique et juridique.

1187. Une loi économiquement et juridiquement bénéfique. Sur le plan économique, car plus impliqué dans l'acte d'engagement, l'emprunteur augmentera son

²¹⁸⁶ Voir en ce sens, Jean STOUFFLET, « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », in mélanges Michel CABRILLAC, précité, page 517. Sur les fondements de cette liberté, voir *supra* n° 565 et suivants.

²¹⁸⁷ Les ont-ils seulement perçu aujourd'hui encore ? Comment le pourraient-ils d'ailleurs, ceux-ci restant, pour l'heure, dans le domaine du prospectif faute pour les demandeurs de crédit de connaître les ressources des articles 2 et 3 de la loi du 6 janvier 1978.

effort de remboursement, c'est-à-dire sa volonté de payer, celle-là même que l'ordinateur ne peut apprécier. Sur le plan juridique, car l'engagement de l'emprunteur étant estimé plus fort au travers un consentement mieux éclairé, la tendance actuelle de la jurisprudence à obliger le banquier à se faire le directeur des intérêts de son client, au travers la consécration du devoir de conseil, n'en sera que moins oppressante. Cependant, compte tenu de l'essor considérable du crédit à la consommation, dont certaines sociétés de crédit se sont faites les spécialistes, une telle réflexion est-elle réaliste ? En effet, lorsqu'on sait que ces dernières ont bâti leur activité de distribution du crédit sur les systèmes de crédit-scoring, devenus actuellement les garants de leur survie et de leur compétitivité économique, l'on ne peut raisonnablement attendre de ces sociétés financières qu'elles redonnent à l'acte de crédit ses lettres de noblesse. L'émergence, à côté des systèmes scores, des systèmes experts et des réseaux neuronaux, ne peut qu'accentuer notre pessimisme, mais également l'importance pour l'individu de dispositions telles que celles édictées à l'article 2 et 3 de la loi de 1978.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES, MONOGRAPHIES et THESES.

ATTARD (J.), Le prêt d'argent : contrat unilatéral ou contrat synallagmatique ?, thèse, Aix - Marseille 3, 1999.

AUBY (J. - M.) et DUCOS-ADER (R.), *Droit de l'information*, 2e édition, Dalloz, 1982.

AYNES (L.) et MALAURIE (Ph.), *Droit civil : les obligations*, 2e édition, Cujas, 1990.

BALAGUY (H.), *Le crédit à la consommation en France*, Que Sais-je ? Puf, 1996.

Bastin (J.), La défaillance de paiement et sa protection : l'assurance-crédit, LGDJ, 1991.

BEAUREZ (P.), L'activité bancaire à l'épreuve de la notion de service public, thèse, Clermont-Ferrand, 2003.

BEIGNIER (B.), *L'honneur et le droit*, thèse, Paris, LGDJ, 1997

BERNSTEIN (P. L.), Plus fort que les dieux : la remarquable histoire du risque, Flammarion, 1998.

Berthet (J.-J.), *Les difficultés d'information du banquier*, thèse, Clermont-Ferrand, 1986.

- BERTIN (A.)**, *Le secret en matière d'invention*, Entreprises Modernes d'Édition, 1965.
- BERTIN (I.)**, *Eloge de la liberté*, Presses Pochet, Calman-Lévy, traduction Carnaud (J.) et LOHANA (J.), collection Agora, 1990.
- BERTREL (J. - P.)**, *Relation entreprises - banques*, édition Francis LEFEBVRE, Paris, 1992.
- Billaud (M.), Mestre (J.) et PUTMAN (E.)**, *Traité de droit civil : droit commun des sûretés réelles*, sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 1996.
- BIZOT (A.)**, *La pratique bancaire française en matière de financement sur le marché intérieur*, Banque éditeur, 1985.
- BONNEAU (Th.)**, *Droit bancaire*, Monchrétien, 2e édition, 1996, et 4e édition, 2001.
- Bouloc (B.), MAYAUD (Y.), ROUJOU de BOUBÉE (G.) et FRANCILLON (J.)**, *Code pénal commenté : article par article*, Dalloz, 1996
- Bouron**, *Guerre au crédit*, éditions Guillaumin, 1868.
- BOUTEILLER (P.) et RIBAY (E.)**, *L'exploitant de banque et de droit*, 3e édition, 2000, Banque éditeur
- Braibant (G.)**, *Données personnelles et société de l'information : rapport au premier ministre*, documentation française, 1998.
- BRUYNEEL (A.) et SIMONT (L.)**, *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, sous direction, éditions fiduciaires, 1984.
- BULL (F. R.)**, *Droit et informatique: l'hermine et la puce*, collection Fredrick R. Bull, Masson, 1992
- BURGARD (J. - J.)**, *La banque en France*, Presse de Sciences-Po et Dalloz, 1995.
- BURST (J. - J.) et Chavanne (A.)**, *Droit de la propriété industrielle*, 5e édition, Dalloz, 1998.
- BUTHURIEUX (A.)**, *La responsabilité du banquier*, Litec, 1999.
- CABRILLAC (M.) et MOULY (Ch.)**, *Droit des sûretés*, 4e édition, Litec, 1997.
- CANGUILLHEM (G.)**, *Le normal et le pathologique*, P.u.f., 1966.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit civil : introduction : les personnes*, P.U.F., 1992.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit civil, La famille, les incapacités*, 8e édition, 1969.
- Catala (P.)**, *Le droit à l'épreuve du numéro. Jus ex Machina*, P.U.F., 1998.
- CAUDAMINE (G.) et MONTIER (J.)**, *Banque et marchés financiers*, édition Economica, 1998.
- Chaïbainou (El H.)**, *L'informatisation de la banque : aspects juridico-informatiques*, éditions Dar al Yousr, 1987.
- Charveriat (A.) et MARTIN (S.)**, *Défaillances d'entreprises : régime juridique des procédures collectives*, éditions Francis Lefèbvre, 1997
- Chavanne (A.) et Burst (J. - J.)**, *Droit de la propriété industrielle*, 5e édition, Dalloz, 1998.
- CHERPILLOD (I.)**, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1985.
- CHIREZ, (A.)**, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, Nice, 1977.

- CLAVIER (J. - P.)** et **LUCAS (F. - X.)**, *Droit commercial*, Flammarion, 2003.
- CNIL**, Les libertés et l'informatique : vingt délibérations commentées, Documentation française, 1997.
- CONTAMINE-RAYNAUD (M.)** et **RIVES-LANGE (J. - L.)**, *Droit bancaire*, 6e édition, Dalloz, 1995.
- CORNU (G.)**, *Traité de droit civil : introduction, les personnes, les biens*, 8e édition, Monchrétien, 1997.
- COUDERT (P.)**, Le champ d'application territoriale des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement, thèse, Clermont-Ferrand, 2004.
- COULOMBEL (P.)**, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, thèse, Nancy, 1949.
- COULON (N.)**, Guide pratique des chefs d'entreprise face au banquier, éditions Hommes et Techniques, 1978.
- CREDA**, Publicité légale et information dans les affaires, Litec, 1992.
- Dabin (G.)**, Le droit subjectif, Dalloz, 1952.
- DANTI-JUAN (M.)** et **PRADEL (J.)**, *Droit pénal spécial*, édition Cujas, 1995.
- DAUNIZEAU (J. - M.)**, Les entreprises en difficulté : pratique bancaire et juridique, Banque éditeur, 1996.
- DELACOUR (J. - P.)**, Les opérations de banque, fascicule I, II, III, éditions Les Cours de Droit, 1975 - 1976.
- DELVOLVE (P.)**, *L'acte administratif*, Sirey, 1983.
- DEMOGUE (R.)**, *Traité des obligations*, tome VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931.
- Domont - Naert (F.)**, Consommateurs défavorisés : crédit et endettement, Story Scientia, 1992.
- DUCOS-ADER (R.)** et **AUBY (J. - M.)**, *Droit de l'information*, 2e édition, Dalloz, 1982.
- DUFOURNAUD (J. - L.)**, Informatique et libertés : les banques et le traitement des données, AFB diffusion, 1997.
- Eglem (J.-Y.)**, **MIKOL (A.)** et **STOLOWY (H.)**, *Les mécanismes financiers de l'entreprise*, Monchrétien, 1988.
- ESCARPIT (R.)**, Théorie générale de l'information et de la communication, Hachette, 1976.
- ESCARRA (J.)** et **RAULT (J.)**, *Principes de droit commercial*, 1936.
- FERRAY (J.)**, *La titrisation des crédits*, G.L.N. édition, 1990.
- FERRONNIERE (J.)**, *Opérations commerciales de banque*, Dalloz, 1962.
- Forgeron (J. - F.)**, *Le logiciel et le droit*, sous direction, memento-guide BENSOUSSAN (A.), Paris, Hermès, 1994.
- Foyer (J.)** et **VIVANT (M.)**, *Le droit des brevets*, P.u.f., 1991.
- FRANCILLON (J.)**, **Bouloc (B.)**, **MAYAUD (Y.)** et **ROUJOU de BOUBEE (G.)**, *Code pénal commenté : article par article*, Dalloz, 1996.
- Frayssinet (J.)**, Informatique, fichiers et libertés, Litec, 1992.

- GARSONNET (E.)**, *Traité théorique et pratique de procédure*, Tome 2, 2e édition, Paris, Larose, 1898.
- GASTON-BRETON (T.)**, *Banque de France : deux siècles d'histoire*, Le Cherche Midi éditeur, 1999.
- GAUDIN (M.)**, *Le crédit aux particuliers*, éditions Séfi, 1996.
- GAVALDA (Ch.)** et **STOUFFLET (J.)**, *Droit du crédit*, tome 1 : les institutions, Litec, 1990.
- GAVALDA (Ch.)** et **STOUFFLET (J.)**, *Droit bancaire : institutions, comptes, opérations, services*, 5e édition par Jean STOUFFLET, Litec, 2002.
- GDJIDARA (S.)**, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, 1999.
- GHESTIN (J.)** et **GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil : introduction générale*, 2e édition, LGDJ, 1982.
- GHESTIN (J.)**, *Traité de droit civil : les obligations : les effets du contrat*, L.G.D.J., 1992
- GICQUEL (J.)**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18e édition, Monchrétien, 2002.
- GOUBEAUX (G.)** et **GHESTIN (J.)**, *Traité de droit civil : introduction générale*, 2e édition, LGDJ, 1982.
- GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil : les personnes*, sous direction de GHESTIN (J.), LGDJ, 1989.
- GRANDGUILLOT (B. et F.)**, *Analyse financière*, 4e édition, Gualino, 2000.
- GRUA (F.)**, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, édition Litec, 2001.
- GUGGENHEIM (D.)**, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, Librairie de l'Université, Genève, 1981.
- HABERMAS (J.)**, *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, 1975.
- HAMEL (J.)**, *Banque et opérations de banque*, tome 2, éditions Rousseau et Cie, Paris, 1943.
- Henniqueau (P.)**, *La banque démystifiée*, Hachette, 1978.
- HONIGUAN (C. - N.)** et **TUBIANA (H. - M.)**, *Evaluation et transmission des entreprises*, Litec, 2e édition.
- ILLICH (I.)**, *La convivialité*, édition Seuil, 1975.
- JAMET (J.)**, *Le surendettement des particuliers*, Monchrétien, 1990.
- KAYSER (P.)**, *La protection de la vie privée par le droit : la protection du secret de la vie privée*, 3^{ème} édition, Economica, 1995.
- LAGARDE (P.)** et **LOUSSOUARN (Y.)**, sous direction, *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978.
- Lambert (B.)**, *Nature juridique des programmes d'ordinateurs*, thèse, Paris, 1969.
- Lassègue (P.)**, *Gestion de l'entreprise et comptabilité*, Dalloz, 1979.
- LEFEBVRE (F.)**, *Comptabilité*, édition Francis Lefèbvre, 2001.
- LEFEBVRE (F.)**, *Concurrence, consommation*, édition Francis LEFEBVRE, 1998.
- LEGEAIS (D.)**, *Sûretés et garanties du crédit*, 2e édition, L.G.D.J., 1999.

- LEVASSEUR (A. - A.)**, *Droit des États-Unis*, 2e édition, Dalloz, 1994.
- Likillimba (G. - A.)**, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Litec, 1997.
- LINANT de BELLEFONDS (X.)**, *L'informatique et le droit*, P.u.f., 1985.
- LOUSSOUARN (Y.) et LAGARDE (P.)**, sous direction, *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978.
- LUCAS (A.)**, *Le droit de l'informatique*, éditions Thémis, 1987.
- LUCAS (F. - X.) et CLAVIER (J. - P.)**, *Droit commercial*, Flammarion, 2003.
- LUCIANI (M.)**, *Les droits de la personnalité, du droit interne au droit international*, thèse, Paris I, 1996.
- MABASSI (J. - P.)**, *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'occasion des procédures collectives*, thèse, Poitiers, 1986.
- MACCIONI (H.)**, *L'image de marque, étude juridique de la notoriété commerciale*, Economica, 1995.
- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)**, *Droit civil : les obligations*, 2e édition, Cujas, 1990.
- Mallet - Poujol (N.)**, *Commercialisation des banques de données*, édition CNRS, 1993.
- MATOUK (J.)**, *Systèmes financiers : français et étrangers*, Tome 1 : "Banque", Dunod, 1991.
- MATTOUT (J. - P.) et De Vauplane (H.)**, sous direction, *mélanges AEDBF - France*, Banque éditeur, 1997.
- MAYAUD (Y.), ROUJOU de BOUBEE (G.), FRANCILLON (J.) et Bouloc (B.)**, *Code pénal commenté : article par article*, Dalloz, 1996
- Mazeaud (H. et L.) et TUNC (A.)**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, Monchrétien, 1957 - 58.
- MERLE (R.) et VITU (A.)**, *Traité de droit criminel : droit pénal spécial*, tome 2, par André VITU, éditions Cujas, 1982.
- Mestre (J.), PUTMAN (E.) et Billaud (M.)**, *Traité le droit civil : droit commun des sûretés réelles*, sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 1996.
- MICHOUD (L.)**, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Tome 2, Paris, 1932.
- MOULY (Ch.) et CABRILLAC (M.)**, *Droit des sûretés*, 4e édition, Litec, 1997
- MUMFORT (L.)**, *Technique et civilisation*, édition Seuil, 1950.
- MUNOZ (S.)**, *La protection des échanges de données informatisées*, thèse, Nice, 1997.
- OCDE**, *Les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données de caractère personnel*, document OCDE, Paris, 1995.
- PELTIER (F.)**, *Introduction au droit du crédit*, Banque éditeur, 1987.
- PETIT-DUTAILLIS (G.)**, *Le crédit et les banques*, Sirey, 1964.
- Petit - Dutallis (G.)**, *Le risque du crédit bancaire*, Tome 1, éditions Riber, 1967.
- PIEDELIEVRE (A. et M. - C.)**, *Droit du crédit*, 2e édition, 1987.
- PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.)**, *Droit pénal spécial*, éditions Cujas, 1995.

- PRAT (G.)**, *La responsabilité du banquier et la faillite de son client*, Paris, Technique et documentation, 1983.
- PROAL (F.)**, *La responsabilité du fournisseur d'information en réseau*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.
- PUTMAN (E.)**, *Contentieux économique*, P.u.f., 1998.
- PUTMAN (E.)**, **Mestre (J.)** et **Billaud (M.)**, *Traité de droit civil : droit commun des sûretés réelles*, sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 1996.
- RASSAT (M. - L.)**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1997.
- RIPERT (G.)** et **ROBLOT (R.)**, *Traité de droit commercial*, Tome 2, 15e édition, par DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), LGDJ, 1996.
- RIGAUX (F.)**, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, L.G.D.J., 1990.
- RIPERT (G.)**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946.
- RIVES-LANGE (J. - L.)** et **CONTAMINE-RAYNAUD (M.)**, *Droit bancaire*, 6e édition, Dalloz, 1995.
- ROBLOT (R.)** et **RIPERT (G.)**, *Traité de droit commercial*, tome 2, 15e édition, par DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), LGDJ, 1996.
- ROUJOU de BOUBEE (G.)**, **FRANCILLON (J.)**, **Bouloc (B.)** et **MAYAUD (Y.)**, *Code pénal commenté : article par article*, Dalloz, 1996.
- Rousseau (J.-J.)**, *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 1992.
- ROUBIER (P.)**, *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 2, Sirey, 1954.
- ROUYER (G.)** et **CHOINEL (A.)**, *La banque et l'entreprise : techniques actuelles de financement*, Banque éditeur, 1989.
- SCHLOSSER (M.)** et **VERNIMMEN (P.)**, *Gestion bancaire : nouvelles méthodes et pratiques*, Dalloz, 1974.
- SERVAN-SCHREIBER (J. - L.)**, *Le métier de patron*, Fayard, Paris, 1990.
- STOUFFLET (J.)** et **GAVALDA (Ch.)**, *Droit bancaire : institutions, comptes, opérations, services*, 5e édition par Jean STOUFFLET, Litec, 2002.
- STOURDZE (Y.)**, *Organisation, anti-organisation*, Mame, 1973.
- TERRE (F.)**, **SIMLER (Ph.)**, et **LEQUETTE (Y.)**, *Les obligations*, 7e édition, Dalloz, 1990.
- Terrel (H.)** et **Lejeune (H.)**, *Opérations commerciales de banque*, Masson, 1951.
- TIMONS (A. - J.)**, *Le plan prévisionnel d'exploitation : mode d'emploi*, MBA Finances, éditions Maxima, 1993.
- VANDEBUSSCHE (C.)**, *Secret des affaires et informatique*, thèse, Paris I, 1990.
- VASSEUR (M.)**, *Droit et économie bancaire : les opérations de banques*, fascicule 1, 4ème édition, Paris, Les Cours de Droit, 1987-88.
- VERBIEST (Th.)** et **WERY (E.)**, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, édition Larcier, 2001.
- VEZIAN (J.)**, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Librairies

Techniques, 2^{ème} édition, 1977.

Vitalis (A .), *Informatique, pouvoir et liberté*, édition Economica, 1988.

VITU (A.) et **MERLE (R.)**, *Traité de droit criminel : droit pénal spécial*, tome 2, par André VITU, éditions Cujas, 1982.

VIVANT (M.) et **FOYER (J.)**, *Le droit des brevets*, P.u.f., 1991.

WERY (E.) et **VERBIEST (Th.)**, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, édition Larcier, 2001. II. ENCYCLOPEDIES.Juris-classeur Banque et Crédit :

BAY (E. M.), *Crédit bail immobilier*, fascicule 652.

BORDAS (F.), *Devoirs professionnels des établissements de crédit*, fascicule 140.

BOUTEILLER (P.), *Redressement et liquidation judiciaire*, fascicule 520

CALAIS-AULOY (M. - TH.), *Compte courant*, fascicule 210.

DESCHANEL (J. - P.), *Crédit à court terme aux entreprises*, fascicule 535.

DOM (J. - P.), *Le contrat de banque*, fascicule 130.

FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires*, fascicule 60.

GRUA (F.), *Responsabilité civile du banquier*, fascicule 150.

Lichy - Ségure (O.), *Renseignements bancaires*, fascicule 910.

STOUFFLET (J.), *Banque et opérations de banque en droit international*, fascicule 120.

STOUFFLET (J.), *Garanties bancaires internationales*, fascicule 610.

THOUVENIN (D.), *Révélation d'une information à caractère secret : conditions d'existence de l'infraction*, Juris-Classeur pénal, fascicule 10.

VALETTE (D.), *Conventions de crédit : règles communes*, fascicule 500.

Répertoire Dalloz.

Michelle (E.), *Banquiers et établissements de crédit*, Répertoire Commercial.

MONTAGNIER (C.), *Banque de France*, Répertoire Commercial.

PY (B.), *Secret professionnel*, Répertoire Pénal.

III. Doctrine.

Agliette (M.), *Comportements bancaires et risque de système*, Revue d'Economie Financière, n° 27, 1993, page 439 et suivantes.

- ALAN-TALPIS (J.)**, *Rapport sur le secret des affaires en droit canadien*, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXV, Le secret et le droit, Paris, 1979, page 232 et suivantes.
- Ancel (P.) et Jomain (M.)**, *La diffusion des informations et sur les entreprises*, Gazette du Palais, 1988, Doctrine, page 169 et suivantes.
- Ancel (P.)**, *La protection des données personnelles : aspects de droit privé français*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1987/3, page 609 et suivantes.
- Arlie (D.)**, *Devoir de conseil du prêteur et protection de l'emprunteur*, Les Petites Affiches, 1996, n° 144, page 26 et suivantes.
- atias (Ch.)**, *Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi)*, Dalloz, 1995, I, page 125 et suivantes.
- BANCEL (F.)**, *Ratio de solvabilité et distribution de crédit*, Revue Marchés et Techniques Financières, 1994, n° 58, page 8 et suivantes.
- BARDOS (M.)**, *Endettement et détection du risque*, colloque, De l'endettement au surendettement des entreprises, Gazette du Palais du 22 et 23 septembre 1999, page 29 et suivantes.
- Barthe (D.)**, *Propos critiques sur la disparition du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence au regard des exigences de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H.*, Revue Contrats - Concurrence - Consommation, janvier 2001, page 9 et suivantes.
- BAUDEZ (P.)**, *La contribution de l'assurance emprunteur à la lutte contre l'exclusion bancaire et ses limites*, Revue d'Economie Financière, 2000/3, n° 58, page 213 et suivantes.
- BAUDIN-MAURIN (M. - P.)**, *L'avènement de la notion de dette ménagère à crédit*, Revue de la Recherche Juridique, 2000/4, page 1471 et suivantes.
- BAUR (J. - P.) et CHEDRU (L.)**, *Le banquier, responsable ou victime des difficultés des entreprises*, Finance et Gestion, n° 27, 1991, page 14 et suivantes.
- BENSOUSSAN (A.) et CAHEN (B.)**, *Le droit de l'informatique*, Gazette du Palais, 1980, doctrine, page 183 et suivantes.
- BerEnd (P.)**, *A la recherche du dialogue perdu*, Revue Banque, 1997, n° 585, page 22 et suivantes.
- BERENG (P.)**, *Les étapes du crédit-scoring en entreprise*, Revue Banque, 1998, n° 488, page 1084 et suivantes.
- BERGEL (J. - L.)**, *Informatique et légistique*, Dalloz, 1987, chronique, page 171 et suivantes.
- BERKVENS (J. - M. - A.)**, et **SCHAUSS (M.)**, *Les propositions de directives de la Communauté Européenne sur la protection des données : menace sur les transactions financières*, Revue de droits de l'informatique et des Télécoms, 1992/4, page 43 et suivantes.
- BESCOS (P. - L.)**, *Score et redressement d'entreprises en difficulté*, Revue Banque, 1989, n° 490, page 50 et suivantes.
- BLUMLI (U.)**, *Pré-provisionnement : la SBS passe à l'acte*, Revue Banque, 1996, n° 576, page 37 et suivantes.

- BON-GARCIN (I.)**, *L'abus de droit dans les contrats de crédit*, JCP (E), 1998, doctrine, page 4 et suivantes.
- Boniface (J. - F.) et Michaud (A.)**, *Le score de comportement dans une société financière*, Revue Banque Stratégie, 1994, page 21 et suivantes.
- Bonneau (Th.)**, *Du droit au crédit*, Revue de Droit Bancaire et Financier, n°1, 2002, page 3 et suivante.
- Bouet (E.) et Grossman (I.)**, *Un système d'aide à la gestion des clients débiteurs*, Revue Banque, 1996, n° 573, page 50 et suivantes.
- BOUGUERRA-GENTILE (F.)**, *Notation et crédit-scoring : substitution ou complémentarité ?*, Revue du Financier, 1993, n° 91, page 40 et suivantes.
- BOULOC (B.)**, *Les limites du secret bancaire*, in mélanges AEDBF - France, 1997, page 72 et suivantes.
- BOURGEOIS (C.)**, *Les mégabases de données comportementales au regard de la loi du 6 janvier 1978 et de la directive européenne du 26 octobre 1995*, Revue de droits de l'informatique et des Télécoms, 1998/2, page 6 et suivantes.
- BOURLOND (A.) et POULLET (Y.)**, *Flux transfrontaliers de données à caractère personnel : position de la proposition de directive européenne face à celle de la convention 108 du Conseil de l'Europe*, Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1991/2, page 56 et suivantes.
- Bouroche (J. - M.)**, *Enjeux et méthodologies des scores de préacceptation*, Revue Banque, 1992, n° 525, page 270 et suivantes.
- BOUTARD-LABARDE (M. - C.)**, *Le secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une surprenante négligence*, Gazette du Palais, 4 janvier 1992, doctrine, page 3 et suivantes.
- BREDIN (J - D.)**, *Remarques sur la transparence*, colloque de Deauville sur la transparence du 19 et 20 juin 1993, Revue de Jurisprudence Commerciale, n° spécial, n°4, 1993, page 175 et suivantes.
- Briart (M.) et Pitrat (C. - M.)**, *Urgents aspects à clarifiés : protection de la vie privée et données personnelles*, Revue de droits de l'informatique et des Télécoms, 1998/3, page 6 et suivantes.
- BROUARD (P.) et Casanova (J. - F.)**, *Les provisions sur risque de crédit : pratiques anglo-saxonnes*, Revue Banque, 1996, n° 576, page 44 et suivantes.
- BRUYNEEL (A.)**, *Le mémoire De Barsy sur la responsabilité du donneur de crédit*, Revue de la Banque, 1977, page 313 et suivantes.
- BUGIE (S.)**, *La réponse à Bâle II*, Revue Banque magazine, n° 632, 2002, page 28 et suivantes.
- BULLE (J. - F.)**, *Aspects pratiques sur la cotation de la Banque de France*, Revue Droit des Sociétés, 1999, juillet, page 10 et suivantes.
- CAEN (J. - B.)**, *Les banques doivent valoriser leurs expertises*, Revue Banque, 1998, n° 597, page 38 et suivantes.
- Caffet (M. - C.)**, *Stratégie d'équipement de la clientèle*, Revue Banque, 1996, n° 567, page 24 et suivantes.

- CALAIS-AULOY (M. - Th.)**, Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le prêt lié, JCP (G), 1984, Doctrine n° 3144.
- Calendini (J. - M.)**, *Les crédits accordés par les établissements de crédit après jugement*, JCP (E), 1988, Cahier n° 18, page 22 et suivantes.
- CANARELLI (P.)** et **IVANOFF (H.)**, *Intelligence artificielle et scoring bancaire*, Revue Banque, 1997, n° 577, pages 75 et 76.
- CARON (L.)**, *Le Conseil d'Etat censure la CNIL sur la nationalité*, Revue Expertises, janvier 2002, page 24 et suivantes.
- Caron (L.)**, Le Conseil d'Etat autorise le traitement de la nationalité alors qu'un projet de loi est pendant devant le Parlement, Revue Banque et Droit, n° 83, 05-06/02, page 19 et suivantes.
- Carrère (J. Y.)**, *L'expérience de la caisse de dépôt et de consignation*, Revue Banque, 1993, n° 535, pages 42 et suivantes.
- CATALA (P.)**, Conclusions au colloque consacré à l'information légale dans les affaires. Quels enjeux ? Quelles évolutions ?, JCP (E), 1994, étude n° 387.
- CATALA (P.)**, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Dalloz, 1984, chronique, page 97 et suivantes.
- CATALA (P.)**, *La propriété de l'information*, in mélanges Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, page 97 et suivantes.
- CATALA (P.)**, Rapport de synthèse au colloque : L'entreprise et la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Revue de Jurisprudence Commerciale, novembre 1979, pages 509 et suivantes.
- Caudal (J. - P.)**, *Contrôler les risques de crédit*, Revue Banque Stratégie, 1997, n° 140, page 20 et suivantes.
- CHAMAS (S.)**, Rapport général fait à l'occasion des journées libanaises, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXV, Le secret et de droit, Paris, 1979, page 182 et suivantes.
- CHAMOUX (J. - P.)**, *L'informatisation : trois défis aux libertés*, JCP (G), 1981, doctrine, n° 3025.
- CHAUVEL (P.)**, *Cautionnement et réticence du banquier*, in mélanges en l'honneur du Doyen Jean STOUFFLET, LGDJ, 2001, page 36 et suivantes.
- Chiappori (P. - A.)** et **Yanelle (M. - O.)**, *Le risque bancaire : un aperçu théorique*, Revue d'Economie Financière, n° 37, 1996, page 97 et suivantes.
- Clément (J. - F.)**, *Le banquier, vecteur d'informations*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1997, page 2 et suivantes.
- Contesse (A.)**, *La maîtrise de crédit sur le terrain*, Revue Banque, 1996, n° 576, pages 23 et 24.
- Coquerel (J. - L.)**, *Notre nouvelle organisation délègue plus de pouvoirs au réseau*, Revue Banque, 1996, n° 570, page 66 et suivantes.
- COSTES (L.)**, *Vers de substantiels remaniements de la législation informatique et libertés*, LAMY Droit de l'informatique et des réseaux, n° 140, octobre 2001, page 5 et suivantes.

-
- Coudert (J. - L.) et Migeot (P.),** *Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit*, Revue Banque et Droit, 1993, n° 29, page 12 et suivantes.
- Couret (A.),** *Endettement et financement de l'entreprise*, in colloque, De l'endettement au surendettement des entreprises, Gazette du Palais, 23 septembre 1999, page 15 et suivantes.
- CREDOT (F. - J.),** Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques, Les Petites Affiches, n° 21, 17 février 1993, page 8 et suivantes.
- CREDOT (F. - J.),** *L'octroi de crédit et l'obligation de conseil du banquier*, Revue Droit et Patrimoine, 1994, janvier, page 34 et suivantes.
- CREDOT (F. - J.),** *Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises*, Revue Banque, 1993, n° 539, page 30 et suivantes.
- CREDOT (F. - J.),** *Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises*, Les Petites Affiches, 1993, n° 81, page 10 et suivantes.
- CREMIEUX (M.),** *Le secret des affaires*, in ouvrage, L'information en droit privé, Paris, 1978, page 477 et suivantes.
- Croze (H.),** *Informatique, preuve et sécurité*, Dalloz, 1987, chronique, page 165 et suivantes.
- CUIGNET (R.) ,** *La responsabilité juridique du donneur de crédit*, Revue de la Banque, 1976, page 4 et suivantes.
- DAMEL (P.),** Score d'entreprise : mieux apprécier le risque de défaillance, Revue Banque, 1996, n° 575, pages 50 et 51.
- DANGLEHANT (C.),** La loi sur le surendettement des particuliers confrontée au principe de l'unité du patrimoine, Revue des Procédures Collectives, 1995 - 1, page 1 et suivantes.
- DARAGON (E.),** *Etude sur le statut juridique de l'information*, Dalloz, Chronique, 1998, page 63 et suivantes.
- Daubé (B.),** *Prévision des faillites et informatique*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1979, novembre, n° spécial, L'informatique et le droit commercial, page 390 et suivantes.
- Daunizeau (J. - M.),** *Banque et partage du risque de crédit (pools bancaires)*, Revue Banque et Droit, 1998, n° 61, page 3 et suivantes.
- De BENOIST (X.),** Le coût du risque n'est pas suffisamment pris en compte dans la tarification d'un crédit, Revue Banque, 1996, n° 576, page 20 et suivantes.
- De BROUWER (F.),** *Protection des données à caractère personnel : un nouveau cadre légal belge*, Revue de Droit des Affaires Internationale, n° 2, 1999, page 200 et suivantes.
- De CAEVEL (J.),** *Un système de clignotants-crédits*, Revue Banque, avril 1983, n° 424, page 43 et suivantes.
- De la Renaudi (B.) et THORAVAL (P. - Y.),** *Contrôle interne et système d'information*, Revue Banque Stratégie, 1997, n° 140, page 11 et suivantes.

- De POLIGNAC (J. - F.),** *Les améliorations relatives à la notation*, in colloque de l'Université d'Auvergne du 14 mars 2003, Information financière : quelles nouvelles données ?, Revue Lamy Droit des Affaires, supplément, n° 63, septembre 2003, page 33 et suivantes.
- De Suzanne (G.),** *Maîtriser les risques de l'affacturage*, Revue Banque, 1993, n° 539, pages 34-35.
- DEBET (A.),** *La caution, le bail et la discrimination*, Revue des contrats, 2004/2, page 457 et suivantes.
- DECOCQ (A.),** *Le secret de la vie privée en droit français*, in Le secret et le droit, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXV, 1978, page 467 et suivantes.
- Delarue (M. - L.),** *Les principes acquis et les discussions en cour*, Revue Banque magazine, n° 632, 2002, page 20 et suivantes.
- DELLECI (J. - M.),** *La déclaration des avoirs déposés chez une succursale étrangère*, Revue de Droit Bancaire et Financier, n° 3, 2003, page 179 et suivantes.
- DESCHANEL (J. - P.),** *L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit*, Revue Banque, 1977, n° 365, page 972 et suivantes (première partie) et page 1090 et suivantes (2nd partie).
- DESJARDINS (C.),** *Comment la Banque de France achève les dirigeants faillis*, Option Finance, 1999, n° 540, page 18 et suivantes.
- DESJARDINS (C.),** *Les entreprises craignent les concentrations bancaires*, 1999, n° 544, pages 4 et suivantes.
- DESJARDINS (C.),** *PME, négociez avec les banques*, Option Finance, 1999, n° 543, page 12 et suivantes.
- DEVEZE (J.),** *Le vol de biens informatiques*, JCP (G), 1985, I, n° 3210.
- DIETSCH (M.) et KREMP (E.),** *Délais de paiement et mesure du risque client*, Revue d'Economie Financière, n° 37, 1996, page 81 et suivantes.
- DIETSCH (M.),** *Le crédit interentreprises et les banques*, Revue Banque, 1998, n° 484, page 635 et suivantes.
- DIETSCH (M.),** *L'efficience : le nouvel outil de mesure des performances*, Revue Banque, 1997, n° 586, page 52 et suivantes.
- DIETSCH (M.),** *Peut-il exister un droit au crédit*, Revue d'Economie Financière, 2000/3, n° 58, page 140 et suivantes.
- dresse (E.),** *La prise en compte des systèmes de notation interne par le Comité de Bâle : quels impacts opérationnels pour les banques ?*, Revue Banque magazine, n° 639, 2002, page 58 et suivantes.
- DROUARD (E.),** *Projet de loi de modification de la loi informatique et libertés ... comment s'en débarrasser !*, Revue Expertises, 10/2001, page 341 et suivantes.
- Du Pontavice (E.),** *Exposé introductif*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1979, novembre, n° spécial : L'informatique et le droit commercial, page 378 et suivantes.
- Du Roure (G.),** *Un modèle de mesure de l'information dans les organisations*, Texte de la communication du séminaire sur l'informatique d'organisation, les systèmes d'information et de décision, INRIA, Aix-en-Provence, avril 1975, page 71 et

suivantes.

- DUBREUIL (C.)** et **DESLAURIERS (P.)**, *Rapport canadien aux journées portugaises*, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLVII, Les garanties de financement, 1996, page 606 et suivantes.
- DUFLOUX (C.)** et **MARGULICI (L.)**, *L'appréciation du risque pays*, Revue Banque, avril 1983, n° 424, page 59 et suivantes.
- DUFOIX (J. - P.)** et **De PONBRIAND (G.)**, *Maîtriser le risque de la clientèle des particuliers*, Revue Banque, 1995, n° 564, page 44 et suivantes.
- DUFOIX (J. - P.)**, *Comment mieux apprécier la rentabilité des prêts*, Revue Banque Stratégie, 1998, n° 154, page 28 et suivantes.
- DUFOIX (J. - P.)**, *L'apport du budget type*, Revue Banque, 1999, n° 608, page 45 et suivantes.
- Dumas (F.)**, Ratio de solvabilité : une incitation à accroître le risque de crédit, Revue Banque, 1996, n° 576, page 30 et suivantes.
- Dumasdelage (J.)**, Maîtriser l'outil ou y être soumis, interview à propos de la loi informatique et libertés, Journal du Droit des Jeunes, 1998, n° 180, page 25 et suivantes.
- DUMONT (J. - L.)**, *Apprécier la responsabilité du banquier*, Revue Banque, 1994, n°548, pages 54 et 55.
- EBER (N.)**, *Relation de clientèle et concurrence sur les marchés financiers*, Revue d'Economie Financière, n° 27, 1993, page 399 et suivantes.
- ELMS (L.)** et **Ruiz (E.)**, *Le devoir de prudence bancaire réaffirmé en Grande-Bretagne*, Revue Banque, 1996, n° 569, page 64 et suivantes.
- ENGEL (P.)**, La protection des données personnelles : état de la législation et de la jurisprudence en Suisse, Revue Internationale de Droit Comparé, 1987/3, page 627 et suivantes.
- FADUL (M.)** et **MIESZALA (J. - Ch.)**, *Le nouveau ratio de solvabilité conditionne l'avenir du marché bancaire*, Revue Banque magazine, n°632, 2002, page 34 et suivantes.
- FARGEAUD (P.)**, *Le fichier (ou casier) commercial*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1965, page 1 et suivantes.
- FARJAT (G.)**, *Nouvelles technologiques et droit économique*, Revue Internationale de Droit Economique, 1993/2, page 189 et suivantes.
- FARJAT (G.)**, *Réflexion sur les codes de conduite privés*, in études offertes à Berthold GOLDMAN, Le droit des relations économiques internationales, Litec, 1982, page 64 et suivantes.
- FAUVET (J.)**, *Protection des données personnelles*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1987/3, page 554 et suivantes.
- FEITZ (A.)** et **NIEUWBOURG (P.)**, *L'information commerciale et le recouvrement adaptent leur offre*, Option Finance, n° 539, 15 mars 1999, page 52 et suivantes.
- FEITZ (A.)**, *Ce que la crise a changé*, Option Finance, 1999, n° 534, page 14 et suivantes.

- FERRIEU (S.)** et **BERTHELON (S.)**, *L'essor de la titrisation du crédit à la consommation*, Banque magazine, n° 623, mars 2001, page 30 et suivantes.
- FLECHEUX (G.)**, *La décision judiciaire*, in ouvrage Droit et informatique en Europe : l'hermine et la puce, Masson, 1992, page 199 et suivantes.
- FOCSANEANU (L.)**, La protection des données à caractère personnel contre l'utilisation abusive de l'informatique, Journal du Droit International, 1982, page 55 et suivantes.
- FOREL (J. - L.)**, Les rapports juridico-financiers entre les banques et les collectivités locales, Revue Banque, 1994, n° 553, page 44 et suivantes.
- Fournier (J.)**, Méthodologie pour mieux maîtriser le risque du crédit, Revue Banque, n° 565, 1995, page
- FRACHOT (A.)** et **Georges (P.)**, *Avantage au scoring face au système expert*, Revue Banque magazine, n° 627, 2001, page 45 et suivantes.
- Frayssinet (J.)**, *Bases de données comportementales sur les consommateurs et Cnil*, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 431 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, *Exercice du droit d'opposition à un fichage*, Revue Expertises, 1996, n° 195, page 229 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, *La loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés. Présentation pédagogique et synthétique*, Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, 1987 - 1, page 191 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, *L'entreprise et la loi informatique, fichiers et libertés*, JCP (E), 1988, Cahier n° 11, page 28 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, *Les prêts douteux*, Revue Expertises, 1989, n° 115, page 104 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, Les sondages et la distinction entre données personnelles et données personnalisées, Revue Expertises, 1999/02, page 23 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et protection des libertés des consommateurs*, LAMY Droit de l'informatique et des réseaux, des oeilletts n° 127, juillet 2000, page 5 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, *Recommandation de la CNIL et contrôle de légalité du juge administratif*, Revue Expertises, 1989, n° 123, page 429 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, Segmentation comportementale : le droit d'accès. Arrêt du Conseil d'État du 7 juin 1995, Revue Expertises, 1996, n° 190, page 29 et suivantes.
- FRAYSSINET (J.)**, Violation de la loi informatique, fichiers et libertés et préjudice personnel, Revue Expertises, 1996, n° 200, page 443 et suivantes.
- FRISON - ROCHE (M. - A.)**, Propos introductifs à la conférence des bâtonniers du 22 novembre 2000 sur, Le secret professionnel, Les Petites Affiches, n° 122, juin 2001, page 9 et suivantes.
- GALLOCHAT (A.)**, *L'industrie face au secret*, in ouvrage, La propriété industrielle et le secret, publié à l'occasion de la journée d'étude organisée à la faculté de Lyon le 4 avril 1995, Litec, 1996, page 51 et suivantes.
- GALZY (G.)**, *Informatique et analyse financière*, Revue Banque, avril 1983, n° 424,

page 25 et suivantes.

- GASSIN (R.)**, *La nationalité du demandeur de prêt et le banquier dispensateur de crédit*, LAMY Droit de l'informatique et des réseaux, n° 145, mars 2002, page 6 et suivantes.
- Gassin (R.)**, *Le droit pénal de l'informatique*, Dalloz, 1986, chronique, page 35 et suivantes.
- GAST (O.)**, *Comment évaluer financièrement un savoir-faire ?*, Les Petites Affiches, 27 août 1993, n° 103, page 9 et suivantes.
- GATTI (P.)**, L'introduction de techniques statistiques de score dans une activité bancaire, *Revue Banque Stratégie*, 1994, page 17 et suivantes.
- GAUDIN (N.)**, *Quel(s) crédit(s) accorder aux particuliers ?*, *Revue Banque*, n° 597, novembre 1998, page 81 et suivantes.
- GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.)**, *Le secret bancaire en France*, in ouvrage le secret bancaire dans la CEE et en Suisse, P.U.F., 1973, page 92 et suivantes.
- GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.)**, *Le projet de loi bancaire réformant les législations de 1941 et 1945*, Les Petites Affiches, n° 129, 1983.
- GAVALDA (Ch.)**, *Le refus du banquier*, JCP (G), 1962, doctrine, n° 1727.
- GAVALDA (Ch.)**, *Le secret des affaires*, mélanges SAVATIER (R.), Paris, 1965, page 76 et suivantes.
- GAVALDA (Ch.)**, L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, Dalloz, 1978, chronique, page 197 et suivantes.
- GAVANON (I.)**, La technique bancaire de segmentation, dans les rapports avec les demandeurs de crédit, devant la CNIL, *Revue de droits de l'informatique et des Télécoms*, 1993/4, page 76 et suivants.
- GAVIOLA (Ch.)**, *Le crédit-scoring aux États-Unis*, *Revue Banque*, 1998, n° 589, page 70 et suivantes.
- Gaviola (Ch.)**, *Pour maîtriser le risque : le crédit bureau*, *Revue Banque*, 1997, n° 585, page 62 et suivantes.
- Georges (P.) et FRACHOT (A.)**, *Avantage au scoring face au système expert*, *Revue Banque magazine*, n° 627, 2001, page 45 et suivantes.
- GERARD (Y.)**, *Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats bancaires*, in « La cessation des relations contractuelles d'affaires », colloque de l'institut de droit des Affaires d'Aix-en-Provence, 30 et 31 mai 1996, page 25 et suivantes.
- GERARDIN (N.)**, *Le créancier, la caution et le débiteur surendetté*, Les Petites Affiches, 2000, n° 65, page 8 et suivantes.
- GILBERT (L.)**, *Le Know-How*, *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 1/1972, page 19 et suivantes.
- Ginier (C.)**, Intégrer le risque de crédit dans la mesure de la performance des agences, *Revue Banque*, 1996, n° 574, page 52 et suivantes.
- GITTON (A.)**, *Des agents de la circulation sur internet ?*, *Revue Expertises*, 1998, n° 216, page 180 et suivantes.

- GOURIO (A.)**, *La procédure de rétablissement personnel applicable aux particuliers*, JCP (E), 2003, n° 38, Actualité, page 1449 et suivantes.
- GOURIO (A.)**, *La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier*, Revue de Droit Bancaire et Financier, n° 1, janvier - février 2001, page 56 et suivantes.
- Gourio (A.)**, L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier : questions d'actualité, Les Petites Affiches, n° 128, 1999, page 11 et suivantes.
- GOUX (J. - F.)**, *Le système dual de distribution des crédits aux particuliers*, Banque Stratégie, 1994, n° 106, page 2 et suivantes.
- GUILLE (M.)**, Instabilité du crédit et asymétrie de l'information : une revue de la littérature, Revue d'Economie Financière, n° 29, 1994, page 229 et suivantes.
- GUILLOT (B. - H.)**, *Défaillance d'entreprise : modélisation financière ou stratégique*, Revue Banque Stratégie, 1994, page 30 et suivantes.
- GUILLOT (B.)**, *La méthode des scores : intérêts et limites*, Revue Banque, 1986, n° 466, page 975 et suivantes.
- GUILLOT (J. - L.)**, *Transparence et banque*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1993, page 145 et suivantes.
- HANOTIAU (B.)**, La nouvelle législation belge relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, Revue de droits de l'informatique et des Télécoms, 1994/2, page 6 et suivantes.
- HENRION (R.)**, *Le secret bancaire en Belgique*, in ouvrage *Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, P.U.F., 1973, page 72 et suivantes.
- HERZBERG (N.)**, *Les nationalités statistiquement risquées du Crédit Agricole*, Le Monde du 25 avril 1998, page 10 et suivantes.
- HOERAENE (d') (J.)**, *Analyse des données et crédit-scoring*, Revue du Financier, 1992, n° 86, page 44 et suivantes.
- HOLLEAUX (A.)**, *La loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés*, Revue Administrative, 1978, page 31 (première partie), et page 160 (seconde partie).
- HOUTCIEFF (D.)**, *Contribution à l'étude de l'intuitus personae*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, n°1, 2003, page 3 et suivantes.
- HUET (J.)**, La modification du droit sous l'influence de l'informatique : aspects de droit privé, JCP (G), 1983, doctrine, n° 3095.
- HUET (J.)**, *Le secret commercial et la transparence de l'information*, Les Petites Affiches, 1988, n° 20, page 9 et suivantes (première partie), et n° 21, page 12 et suivantes (seconde partie).
- JAILLETTE (J.-C.)**, *Ce que votre banque sait de vous... et dont vous ne vous doutez pas !*, hebdomadaire Marianne, n° 232, semaine du 1^{er} au 7 octobre 2001, page 68.
- JAMIN (Ch)**, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuelle*, in mélanges Jacques GHESTIN, 199 ?, page 441 et suivantes.
- Jaoui (P.) et Fischer (M.)**, *Le marketing crédit*, Revue Banque, 1996, n° 568, page 58 et suivantes.
- Jenner (J. - P.)**, *Le rôle de l'inspection engagements*, Revue Banque, 1996, n° 576,

page 24 et suivantes

JOURDAIN (P.), *Le devoir de se renseigner*, Dalloz, 1983, chronique XXV.

KEIZER (B.), *La gestion des risques dans les banques*, Revue d'Economie Financière, n° 27, 1993, page 345 et suivantes.

KLUKKER (A.), *Le risque partagé*, Revue Banque, 1983, n° 431, page 963 et suivantes.

LABRUNIE (F.), *Le devoir d'information du banquier et le secret professionnel*, colloque du 28 octobre 1999, *Le devoir de loyauté en droit des affaires*, Gazette du Palais, 03/12/2000, n°338, page 22 et suivantes.

Lacotte (J.), *Quelles limites au devoir de non-ingérence de la banque ?*, Revue Banque et Droit, 1999, n° 65, page 10 et suivantes.

LASSALAS (Ch.) et **VALETTE (D.)**, *Le secret bancaire au sein des groupes non bancaires*, Revue Lamy Droit des Affaires, supplément, n°53, octobre 2003, page 9 et suivantes.

LASSALAS (Ch.), *Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles*, Revue Droit et Patrimoine, 1998, page 61 et suivantes.

Lasserre (F.), *La centralisation des risques*, Bulletin de la Banque de France, numéro 83, septembre 1992, page 75 et suivantes.

Le Dieu (M. - A.), *La Commission s'enfiche*, Gazette du Palais, 1995, chronique, page 996 et suivantes.

Le Pen (J. - J.), *Données à risques sur les entreprises*, Revue Expertises, 1993, n° 158, page 62 et suivantes.

LE STANC (Ch.) et **PRÜM (A.)**, *Les droits en France du créateur d'information*, Revue Internationale de Droit Economiques, 1989/2, page 211 et suivantes.

LEBEGUE (D.), *L'information légale financière : perspective française dans un contexte international*, JCP (E), 1994, I, page 443 et suivantes.

LEGEAIS (D.), *La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie*, Les Petites Affiches, 1997, n° 28, page 4 et suivantes.

LEGEAIS (D.), *La responsabilité des banques mises en cause par les cautions*, Revue Banque et Droit, 2000, n° 69, page 12 et suivantes.

LEGEAIS (D.), *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie*, Les Petites Affiches, 30 septembre 1998, n° 117, page 38 et suivantes.

LEPANY (S.), *La CNIL et la segmentation comportementale*, Revue Droit de l'informatique et des Télécoms, 1994/1, page 76 et suivantes.

LEPANY (S.), *Réflexions sur la proposition de directive européenne relative à la protection de données personnelles*, Revue de Droit de l'Informatique et des télécoms, 1993/1, page 42 et suivantes.

LEVASSEUR (A.), **MARGAINE (M.)**, **SCHLOSSER (M.)** et **VERNIMMEN (P.)**, *Attribution automatisée des crédits à la consommation*, Revue Banque, n° 308, juin 1972, page 581 et suivantes.

Lichy - Ségure (O.), *Les agences de rating*, Les Petites Affiches, 1991, n° 104

(première partie), et n° 107, (seconde partie).

LINDON (R.), Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée, JCP (G), 1970, doctrine, n° 1357.

LINGLET (M.), Les technologies de l'information et de la communication : boulimie de données personnelles, Revue Expertises, 1998, n° 216, page 164 et suivantes.

Louis (F. - P.), La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence ; point final ou premier pas dans la bonne direction ?, Cahiers de Droit Européen, 1998, n° 1 - 2, page 47 et suivantes.

LUCAS de LEYSSAC (M. - P.), Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens, Dalloz, 1985, chronique, page 43 et suivantes.

LUCAS de LEYSSAC, (C.), *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in ouvrage L'information en droit privé, sous la direction d'Yvon LOUSSOUARN et Paul Lagarde, LGDJ, 1978, page 321 et suivants.

LUSSAN (C.), *La responsabilité des banques vis-à-vis de leurs clients*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1977, septembre - octobre, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, page 285 et suivantes.

MAILLOT (M. - J.), *Système d'information et risques d'entreprises*, Revue Banque, n° 539, juillet 1993, page 82 et suivantes.

Maisl (H.), *L'entreprise et la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1979, novembre, n° spécial, L'informatique et de droit commercial, page 495 et suivantes.

MAISL (H.), Etat de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles en France : aspects de droit public, Revue Internationale de Droit Comparé, 1987/3, page 559 et suivantes.

MAISL (H.), La directive communautaire du 24 octobre 1995 relative à la protection des données personnelles, Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1995/4, page 43 et suivantes.

Maisl (H.), *La maîtrise d'une interdépendance*, JCP (G), 1978, doctrine, n° 2891.

Maisl (H.), La modification du droit sous l'influence de l'informatique : aspect de droit public, JCP (G), doctrine, n° 3095.

MALAURIE- Vignal (M.), *La protection des informations privilégiées et du savoir-faire*, Dalloz, 1997, chronique, page 207 et suivantes.

Malécot (J. - F.), *Analyse théorique des défaillances d'entreprises*, Revue d'Economie Financière, n° 19, 1991, page 205 et suivantes.

MALLET-POUJOL (N.), *Informatique et libertés : quel second souffle ?*, Revue de droits de l'informatique et des Télécoms, 1994/1, page 9 et suivantes.

Marcel (A.), *La sélection sur mesure*, Revue Banque Stratégie, 1994, page 23 et suivantes.

MARTIN (D. - R.), *De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur*, Revue Banque et Droit, 1999, n° 68, page 3 et suivantes.

MARTIN (D.), *La directive 95/46/CE (protection des données) et sa transposition en*

droit français, Gazette du Palais, vendredi 15 et samedi 16 mai 1998, doctrine, page 25 et suivantes.

MARTIN (M.), *Les crédits bancaires*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1977, septembre - octobre, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, page 258 et suivantes.

Martineau (J.), *La responsabilité des banques vis-à-vis des tiers*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1977, septembre - octobre, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, page 301 et suivantes.

Mathias (G.) et **SAHUT (J. - M.)**, *La banque et internet*, Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1999/2, page 6 et suivantes.

MATHIEU (M.), *Le bon grain de l'ivraie*, Revue Banque, 1991, n° 514, page 250 et suivantes.

MATTOUT (J. - P.), *Des PME... aux groupes de sociétés*, in colloque, De l'endettement au surendettement des entreprises, Gazette du Palais, 22 et 23 septembre 1999, n°266, page 19 et suivantes.

MAZEAUD (D.), *Le nouvel ordre contractuel*, Revue des contrats, 10/2003, page 295 et suivantes.

Mc CARROLET (V.) et **POUDEVIGNE (D.)**, *Choisir une approche quantitative*, Revue Banque Stratégie, 1999, n° 603, page 39 et suivantes.

Mensior (S.), *Le scoring selon Consodata*, Marketing Direct, 1995, n° 23, page 14 et suivantes.

METENIER (F.) et **MULOT (M. - L.)**, *Le score au Crédit Lyonnais*, Revue Banque, 1991, n° 519, page 797 et suivantes.

MICHELLE (B.), *Les vertus du score*, Revue Banque Stratégie, 1998, n° 154, page 21 et suivantes.

MIESZALA (J. - Ch.) et **FADUL (M.)**, *Le nouveau ratio de solvabilité conditionne l'avenir du marché bancaire*, Revue Banque magazine, n°632, 2002, page 34 et suivantes.

MISTRETTA (P.), L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : application et implication d'une jurisprudence évolutive, Les Petites Affiches, 1998, n° 67, page 4 et suivantes.

MOLE (A.), *Jusqu'où ira le droit à l'information*, Gazette du Palais, 23 janvier 1997, 1er semestre, doctrine, page 96 et suivantes.

MOLE (A.), La loi informatique et libertés et les techniques de sélection de la clientèle par les organismes de crédit, Les Petites Affiches, 1986, n° 111, page 118 et suivantes.

MOLE (A.), Segmentation de la clientèle et datawarehouse : les limites fixées par la CNIL ?, Revue Banque et Droit, 1997, n° 56, page 24 et suivantes.

MOLE (A.), *Travail et libertés individuelles : l'évolution du droit*, Gazette du Palais, 1994, doctrine, page 509 et suivantes.

MOLY (F.), *Comment évaluer le risque client ?*, Revue Banque, 1992, n° 523, page 46 et suivantes.

- MONERA (D.)**, *Le crédit-scoring et le risque client*, Revue Banque, 1991, n° 519, page 801 et suivantes.
- MONERA (D.)**, *Quels logiciels pour évaluer les risques ?*, Revue Banque, 1993, n° 539, page 80 et suivantes.
- MORIN (B.)**, *13ème rapport d'activité de la CNIL : continuité et perspectives*, Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1993/3, page 105 et suivantes.
- MORIN (E.)**, *L'évaluation du risque crédit-client dans le cadre du marché français*, Les Petites Affiches, 1988, n° 5, page 14 et suivantes.
- MOUSSERON (J. - M.)**, *Aspects juridiques du Know-How*, in Le Know-How, Cahiers de Droit de l'Entreprise, 1/1972, pages 2 et suivantes.
- MULOT (M. - L.) et Plumyene (J. - M.)**, *Les comptes de particuliers en anomalie : score évolutif de risque*, Revue Banque, 1998, n° 488, page 1093 et suivantes.
- NAKHLAET (M.) et SARDAS (J. - C.)**, *De la sélection des clients à l'organisation des activités bancaires*, Revue Banque Stratégie, 1994, page 12 et suivantes.
- Narbonne (S.)**, *La technique de score sous surveillance*, Revue Banque, 1998, n° 595, pages 36 et 37.
- NEVEU (Y.)**, *Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle*, colloque du 28 octobre 1999, Le devoir de loyauté en droit des affaires, Gazette du Palais, 03/12/2000, n° 338, page 6 et suivantes.
- Nicot (M.)**, *Scoring : affaire de spécialistes*, Action Commerciale, 1998, n° 171, page 64 et suivantes.
- Nowak (M.)**, *Le crédit solidaire : une voie nouvelle vers l'association du travail et du capital*, in rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 483 et suivantes.
- OPPETIT (B.)**, *L'endettement et le droit*, in mélanges en hommage à André BRETON et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, page 295 et suivantes.
- PAGET-BLANC (E.)**, *Endettement et détection du risque*, in colloque, De l'endettement au surendettement des entreprises, Gazette du Palais, 22 et 23 septembre 1999, page 24 et suivantes.
- Paiva (C.)**, *Développer le capital client*, Revue Banque, 1998, n° 595, pages 24 et 25.
- PANSIER (F. - J.) et CHARBONNEAU (C.)**, *La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, Les Petites Affiches, 23 mai 2001, n° 102, page 25 et suivantes.
- PASSANT (I.)**, *La loi du 13 mars 2000, portant adoption du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : nouvelle donne pour le droit de la preuve*, LAMY Droit de l'informatique et des réseaux, n° 125, mai 2000, page 7 et suivantes.
- PECCOUD (D.)**, *Intelligence artificielle et droit*, in ouvrage Droit et informatique en Europe : l'hermine et la puce, Masson, 1992, page 49 et suivantes.
- PEDRIZZETTI (J.)**, *La titrisation de créances commerciales : la perspective du cédant*, Revue Droit des Sociétés, mai 2001, page 4 et suivantes.
- Perréard (G.)**, *Système expert : intérêts, contraintes et limites*, Revue Banque Stratégie, 1998, n° 154, page 24 et suivantes.

-
- Pesson (J.)**, *La responsabilité des banques vis-à-vis des tiers*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1977, septembre - octobre, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, page 298 et suivantes.
- PETIT (F.)**, Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, Dalloz Affaires, 1998, n° 177, page 826 et suivantes.
- Peyramaure (P.)**, *L'information et les partenaires de l'entreprise*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1986, février, n° spécial : Le souci d'éviter la faillite des entreprises : la loi du 1er mars 1984, page 18 et suivantes.
- PICOD (Y.)**, *Proportionnalité et cautionnement : le mythe de Sisyphe*, in liber amicorum Jean CALAIS - AULOY, « Etudes de droit de la consommation » , Dalloz, 2004, page 843 et suivantes.
- PICOD (Y.)**, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in Le juge et l'exécution, P.U.F., 1993, page 57 et suivantes.
- PIETTE-COUDOL (T.)**, *Une concurrence entre les systèmes experts et les experts en informatique*, Revue Expertises, 1989, n° 122, page 379 et suivantes.
- PIOT (J.)**, *Les renseignements bancaires et le secret professionnel*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1977, septembre-octobre, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, page 349 et suivantes.
- PITRAT (Ch. - M.)**, *Protection des données : la course aux législations nationales à l'ombre du principe de subsidiarité*, Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1994/3, page 41 et suivantes.
- PLAETEOVET (C.)**, *Analyser le risque sur les groupes internationaux*, Revue Banque, 1993, n° 540, page 70 et suivantes.
- PORACCHIA (D.)**, *La protection juridique des secrets de l'entreprise*, Revue Droit et Patrimoine, n° 85, septembre 2000, page 20 et suivantes.
- POULLET (Y.)**, *Québec : projet de loi 68 sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1993/2, page 74 et suivantes.
- PRADEL (J.)**, Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée, Dalloz, 1971, page 111 et suivantes.
- PRÜM (A.) et LE STANC (Ch.)**, *Les droits en France du créateur d'information*, Revue Internationale de Droit Economiques, 1989/2, page 211 et suivantes.
- PUTMAN (E.)**, *Le cautionnement à l'épreuve du principe de non-discrimination*, Revue Juridique Personnes et Familles n° 6, juin 2003, page 10 et suivante.
- Raymond (G.)**, *Nouvelles réformes du surendettement des particuliers et des familles*, Revue Contrat, Concurrence et Consommation, 1999, août - septembre, page 8 et suivantes.
- RECOQUE (A.)**, *Intelligence artificielle et informatique*, ouvrage collectif, Droit et informatique en Europe : l'hermine et la puce, Masson, 1992, page 67 et suivantes.
- RENUCCI (J. - F.)**, *L'identité du cocontractant*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1993, juillet - septembre, page 441 et suivantes.
- REY-LEFEBVRE (I.)**, *Crédit sur Internet : pédagogique mais rarement concluant*, Le

Monde, supplément Argent, 22 et 23 avril 2001, page 2 et suivantes.

REY-LEFEBVRE (I.), *Des prêts moins chers et plus complexes*, Le Monde, supplément Argent, 22 et avril 2001, page 2 et suivantes.

RICHET (L.), L'application de la loi informatique et libertés aux relations entre les banques et leur clientèle, *Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1990/2, page 94 et suivantes.

RIGAUX (F.), La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1980, Doctrine, page 443 et suivantes.

RIGGS (J.), *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain*, colloque du 28 octobre 1999, le devoir de loyauté en droit des affaires, *Gazette du Palais*, 03/12/2000, n° 338, page 62 et suivantes.

RIVES-LANGE (J. - L.), *Le devoir de loyauté : essai d'une définition unitaire*, colloque du 28 octobre 1999, Le devoir de loyauté en droit des affaires, *Gazette du Palais*, 03/12/2000, n° 338, page 81 et suivantes.

RIVOIRE (A.), *La vulnérabilité des PME*, *Revue Banque*, 1999, n° 608, page 22 et suivantes.

ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 2, Sirey, 1954.

ROUX (J.), *Où en sont les techniques de scoring ?*, *Marketing Direct*, 1995, n° 3, page 24 et suivantes.

ROUYER (J.), *La responsabilité des organismes financiers du fait de leur intervention financière*, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1976, septembre – octobre, n° spécial : Les entreprises en difficulté, page 364 et suivantes ?

ROZENFELD (S.), *Banque de France : les ratés du Fiben*, *Revue Expertises*, 1993, n° 157, page 6 et suivantes.

ROZENFELD (S.), La protection des données nominatives : les États-Unis veulent faire plier l'Europe, *Revue Expertises*, 1999/03, page 46 et suivantes.

ROZENFELD (S.), *Un nouveau champ d'investigation pour l'inspecteur du travail*, *Revue Expertises*, 1995, n° 184, page 213 et suivantes.

SAINT-ALARY (R.), *Le secret des affaires en droit français*, rapport français à l'occasion des journées libanaises, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXV, *Le secret et le droit*, Paris, 1979, page 266 et suivantes.

SAINT-SEVER (P.), *Les méthodes des scores sont-elles efficaces ?*, *Revue Banque*, 1987, n° 475, page 795 et suivantes.

SALMON (N.), *Un ratio innovant, une mise en oeuvre contestée*, *Revue Banque magazine*, n° 632, 2002, page 24 et suivantes.

SARKIS (Z.) et **SEVET (J. Ch.)**, *Rentabiliser le crédit aux professionnels*, *Revue Banque*, 1998, n° 597, page 51 et suivantes.

SAUVAGE (F.), *L'information comptable et financière et le risque de crédit aux entreprises*, *Revue et d'Economie Financière*, n° 41, 1997, page 69 et suivantes.

SCHAUSS (M.), Les propositions de directives de la Communauté Européenne sur la protection des données : menace sur les transactions financières, *Revue Droit de*

l'Informatique et des Télécoms, 1992/4, page 47 et suivantes.

SCHICK (Th.), *Gérer une implantation internationale*, Revue Banque, 1996, n° 576, pages 26 et 27.

Scholastique (E.), *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*, Répertoire Defrénois, 1996, article 36352.

SCHWEIZER (R. - J.), La convention du Conseil de l'Europe sur la protection des données personnelles et la réglementation des flux transfrontaliers de données, Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1986/4, page 191 et suivantes.

SERIAUX (A.), *La distribution du crédit immobilier*, in ouvrage collectif, Le droit du crédit au consommateur, Librairies techniques, 1982, page 264 et suivantes.

SERVET (J.-A), *L'exclusion, un paradoxe de la finance*, Revue d'Economie Financière, 2000/3, n° 58, page 26 et suivantes.

SESSINS (Th), *Globalisation financière et confiance*, rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 471 et suivantes.

SIMLER (Ph.), *Rapport de synthèse aux journées portugaises*, les garanties de financement, travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 1996, Tome XLVII.

SIREYJOL (N.), *Les apports du crédit-scoring*, Revue Banque, 1987, n° 475, page 788 et suivantes.

SOINNE (B.), L'écart de signature par la Banque de France et les procédures collectives de redressement du droit commercial, JCP (E), 1984, jurisprudence, page 105 et suivantes.

Sovignet (E.), *L'assurance : un atout commercial*, Revue Banque Stratégie, 1998, n° 154, page 18 et suivantes.

STOUFFLET (J.) et GAVALDA (Ch.), *Le secret bancaire en France*, in ouvrage le secret bancaire dans la CEE et en Suisse, P.U.F., 1973, page 92 et suivantes.

STOUFFLET (J.) et GAVALDA (Ch.), *Le projet de loi bancaire réformant les législations de 1941 et 1945*, Les Petites Affiches, n° 129, 1983.

STOUFFLET (J.), *Devoir et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit*, in, « Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de la banque », Economica, 1978.

STOUFFLET (J.), *Le financement bancaire et les activités industrielles polluantes*, in mélanges offert à Pierre VAN OMMESLAGHE, Bruylant (Bruxelles), 2000, page 689 et suivantes.

STOUFFLET (J.) , *L'étendue du droit à l'information du banquier sur la vie sociale*, Revue des Sociétés, 1995, juillet à septembre, page 496 et suivantes.

STOUFFLET (J.), L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers, JCP (G), 1965, doctrine, n° 1882.

STOUFFLET (J.), Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients, Revue de Droit Bancaire et Financier, n° 1, janvier-février 2002, page 39 et suivantes.

STOUFFLET (J.), *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit*, in mélanges Michel CABRILLAC, page 77 et suivantes

- TELLIER (C.)**, *Banque-entreprise : le temps du dialogue*, Revue Marchés et Techniques Financières, 1994, n° 64, page 13 et suivantes.
- TEYSSIE (B.)**, *Les banques de données de droit commercial*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1979, novembre, n° spécial : L'informatique et le droit commercial, page 382 et suivantes.
- Thiveaud (J. - M.)**, *Industrie bancaire, vertu sociale du crédit, puissance morale de l'argent*, Revue d'Economie Financière, n° 27, 1993, page 533 et suivantes.
- Thiveaud (J. - M.)**, *Le risque et son prix : genèse d'un concept et de son évolution juridico-financière (XIVe - XVIIe siècle)*, Revue d'Economie Financière ; n° 37, 1996, page 253 et suivantes.
- THORAVAL (P. - Y.)**, *La surveillance prudentielle des risques de marché supportés par les établissements de crédit*, Revue d'Economie Financière, n° 37, 1996, page 221 et suivantes.
- TOLLA (G.)**, *Raroc : outil de contrôle des risques, outil de gestion des crédits*, Revue Banque, 1996, n° 576, page 27 et suivantes.
- Trouille (I.)**, *La protection de la vie privée : un motif légitime d'opposition*, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 436 et suivantes.
- ULMER (A.)**, *La protection par le droit d'auteur des oeuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier*, Revue de Droit des Affaires Internationale, octobre 1972, page 85 et suivantes.
- V. (A - R.)**, *L'insuffisance des renseignements dont dispose une banque au moment de l'ouverture d'un compte impose par la suite une attention particulière*, Dalloz Affaires, 1998, n° 126, page 1258.
- VAILLARD (J. - P.)**, *Transposition de la directive sur la protection des données personnelles face aux nouvelles technologies : les conséquences pour les entreprises*, LAMY Droit de l'informatique et des réseaux, n° 127, juillet 2000, page 36 et suivantes.
- VAITIER (P.)**, *L'implantation de scores dans une filiale étrangère*, Revue Banque Stratégie, 1994, page 25 et suivantes.
- Vallat (D.)**, *La finance solidaire : champ d'application varié*, in rapport moral sur l'argent dans le monde, 1998, page 499 et suivantes.
- VALETTE (D.)** et **LASSALAS (Ch.)**, *Le secret bancaire au sein des groupes non bancaires*, Revue Lamy Droit des Affaires, supplément, n°53, octobre 2003, page 9 et suivantes.
- Vasseur (A.)**, *Le crédit menacé*, JCP (G), 1985, doctrine, n° 3201.
- VASSEUR (M.)**, *Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficulté*, Revue Banque, 1976, n° 351, page 479 et suivantes..
- VASSEUR (M.)**, *La mise en jeu de la responsabilité du banquier*, Revue Banque, 1976, n° 350, page 367 et suivantes.
- VASSEUR (M.)**, *Le point sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté et sur celle de ses dirigeants*, revue Banque, 1978, n° 376, page 955 et suivantes.

- VASSEUR (M.)**, Le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles, Dalloz-Sirey, 1981, chronique, page 25 et suivantes.
- VASSEUR (M.)**, Maintien des ouvertures de crédits bancaires en dépit du jugement de redressement judiciaire ? Réflexions sur la conception du rôle du banquier, *Revue Banque*, 1986, n°463, page 630 et suivantes.
- VASSEUR (M.)**, *Rapport de synthèse*, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1977, septembre - octobre, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, page 370 et suivantes.
- Vatroff (P.)**, *Une embellie générale de la consommation*, *Revue Banque*, 1998, n° 595, page 16 et suivantes.
- VERNIER (E.)**, *Que vaut une entreprise sans son dirigeant ?*, *Revue Banque*, 1997, n° 566, page 34 et suivantes.
- Verny (J. - F.)**, *Les ouvertures de crédit à options multiples*, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1989, novembre, n° spécial : La trésorerie et le financement des entreprises, page 122 et suivantes.
- VEYRON (P.)**, *Le secret et les procédures juridictionnelles en matière de propriété industrielle*, in journée d'études, La propriété industrielle et le secret, publié à l'occasion de la journée d'études organisée à la faculté de Lyon le 4 avril 1995, Litec, 1996, page 70 et suivantes.
- Vilanova (N.)**, *La décision de prêt bancaire comme signal imparfait sur l'emprunteur*, *Revue d'Economie Financière*, n° 42, 1997, page 217 et suivantes.
- Virassamy (G. - J.)**, *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1988, page 180 et suivantes.
- WEILL (P. - A.)**, Etat de la législation et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles en droit pénal français, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987/3, page 658 et suivantes.
- WEINBERG (M.)**, *Les traits dominants de l'entreprise dangereuse*, *La Tribune de l'assurance*, 1997, n° 8, pages 37 et 38.
- Welter (F.)**, *Rapport sur le secret des affaires en droit luxembourgeois*, travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXV, Le secret et de droit, Paris, 1979, page 319 et suivantes.
- X. D.**, Le devoir de vigilance de l'organisme crédit-bailleur au regard des moyens financiers du crédit-preneur, *Dalloz Affaires*, 1998, n° 122, page 1086 et suivantes.
- X. D.**, L'existence d'un devoir de conseil du banquier dispensateur de crédit au profit du professionnel, *Dalloz Affaires*, 1998, n° 142, page 2013 et suivantes.
- ZENNER (A.)**, *Responsabilité du donneur de crédit*, *Revue de la banque (Bruxelles)*, 1974, page 707 et suivantes.

IV. notes de jurisprudence par auteur.

- AUBERT (J. - L.)**, note sous Cour d'appel de Versailles, 20/12/90, Dalloz, 1991, page 197.
- BEY (E. - M.)**, note sous T. I. de Blois, 25/01/89, Gazette du Palais, 89, 1^{er} semestre, Recueil des sommaires, page 194 et suivantes.
- BIED - CHARRETON (M. - F.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 18 janvier 2002, Revue Droit Ouvrier, juillet 2002, page 356 et suivantes.
- BONNEAU (J. - R.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 02/11/82, Gazette du Palais, 83, I, page 117.
- BONNEAU (Th.)**, note sous : - 26/03/02, cassation commerciale, Banque française de crédit coopératif c/ Martin, Revue Banque et Droit, n° 85, 09 - 10/02, page 47. - 26/03/2002, cassation commerciale, Epoux Thiery c/ BRED, Revue Banque et Droit, n° 84, 07 - 08/2002, page 46 et suivantes. - 31/05/94, cassation commerciale, Bulletin Joly, 08 - 09/94, page 967.
- BOULOC (B.)**, note sous T.G.I de Paris, 19/11/80, Dalloz, 1981, II, page 440.
- CABRILLAC (H.)**, note sous : - Cour d'appel d'Amiens, 28/03/63, JCP (G), 1963, II, n° 13.186. - Cour d'appel de Paris, 05/10/89, Dalloz, 1990, sommaire, page 119.
- CABRILLAC (M.)** et **RIVES-LANGE (J. - L.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 23/04/78, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1977, page 346.
- CABRILLAC (M.)**, note sous : - 13/06/95, cassation commerciale, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1995, page 818, n° 4. - 08/06/94, cassation civile, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 01 - 03/95, chronique de jurisprudence, n° 6, pages 170 - 171. - Cour d'appel de Paris, 06/02/75, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1975, page 345.
- CHOISY (M. - G.)**, note sous Cour d'appel de Versailles, 06/02/96, Les Petites Affiches, 2/06/97, n° 66.
- COLOMBET**, note sous Cour d'appel de Paris, 19//6/84, Dalloz, 1985, Informations Rapides, page 309.
- CREDOT (F - J.)** et **GERARD (Y.)**, note sous : - 10/03/87, cassation commerciale, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, 1987, page 127. - 30/11/99, cassation commerciale, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2000, n° 1, page 13. - 08/06/94, cassation civile, Revue de Droit bancaire et de la Bourse, n° 44, 07 - 08/94, chronique n°7.
- CROZE (H.)**, note sous 16/04/91, cassation civile, JCP (G), 1991, II, n° 21.770.
- DELEBECQUE (Ph.)**, note sous 14/11/95, cassation civile, Bulletin Joly, 1996, page 1213.
- DOM (J. - P.)**, note sous : - 17/10/95, cassation commerciale, Quotidien Juridique, n° 98, 7 décembre 1995, page 2 et suivantes. - 18/06/96, cassation commerciale, Quotidien Juridique, 1996, n° 63, pages 6 et 7.
- Durand (P.)**, note sous 13/07/66, cassation commerciale, JCP (G), 1967, II, n° 15.131.
- EDELMAN (N.)**, note sous, Assemblée plénière, 07/03/86, Dalloz, 1986, II, page 405.
- ETNER (L.)**, **MALAUURIE-VIGNAL (M.)** et **REBOUL (N.)**, note sous Cour d'appel de

Paris, 16/06/99, Les Petites Affiches, n° 56, 20/03/2000, page 11 et suivantes.

FRANÇON (A.), note sous : - Cour d'appel de Grenoble, 19/09/89, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1990, page 387. - 07/03/86, Cour de cassation, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1986, page 339.

FRAYSSINET (J.), note sous : - 03/11/87, cassation criminelle, JCP (G), 1988, II, n° 3323. - 25/10/95, Cour de cassation, Revue Expertises, 1996, n° 195, pages 229 et suivantes. - Conseil d'Etat, 27/09/89, Revue Expertises, 1989, n° 123, page 429 et suivantes. - Conseil d'Etat, 30/07/97, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 431 et suivantes. - Conseil d'Etat, 30/11/94, Actualité Juridique de Droit Administratif, 07-08, 1995, jurisp., page 587. - Conseil d'Etat, 05/06/95, Revue Expertises, 01/96, page 29. - Conseil d'Etat, 07/06/95, Revue Expertises, 1996, n° 190, page 29 et suivantes. - Cour d'appel de Paris, 13/09/95, Revue Expertises, 1996, n° 200, page 443 et suivantes. - Cour d'appel de Paris, 11/02/94, Revue Expertises, 1994, n° 173, page 229 et suivantes. - T.G.I. de Rennes, 08/12/1988, Revue Expertises, 1989, n° 115, page 104 et suivantes. - Recommandations de la CNIL, 3 juillet 1984, Dalloz, 1984, II, page 587 et suivantes.

GAVALDA (Ch.), note sous, Cour d'appel de Rennes, 13/01/1992, JCP (E), 1993, II, n° 432.

GERARD (Y.) et **CREDOT (F. - J.)**, note sous : - 10/03/87, cassation commerciale, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, 1987, page 127. - 30/11/99, cassation commerciale, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2000, n° 1, page 13. - 08/06/94, cassation civile, Revue de Droit bancaire et de la Bourse, n° 44, 07 - 08/94, chronique n°7.

GUILLENCHMIDT, note sous Conseil d'Etat, 22/02/80, Revue de Jurisprudence Fiscale, 1984, page 279.

GUILLOT (J. - L.), note sous : - 14/11/95, cassation civile, Revue Banque, 1996, page 90. - Cour d'appel de Versailles, 23/03/94, Revue Banque, n° 556, 1995, page 89 et suivantes. - Cour d'appel de Versailles, 24/09/98, Revue Banque et Droit, n° 64, 1999, page 49.

GUYENOT (J.), note sous Cour d'appel de Paris, 17/10/74, Gazette du Palais, 1975, page 130.

Le Corre (P. - M.), note sous Cour d'appel de Versailles, 20/12/90, Revue des Procédures Collectives, 1992, n° 11, page 46.

Le TOURNEAU (Ph.), note sous Cour d'appel de Paris, 15/06/81, Gazette du Palais, 1982, II, n° 368.

LEGEAIS (D.), note sous : - 25/06/95, cassation civile, JCP (E), II, n° 732. - 27/06/95, cassation civile, JCP (E), 1996, II, page 11 et suivantes. - 10/05/89, cassation civile, JCP (E), 1989, I, n° 15.771.

LEMARCHAND (S.), note sous, T.G.I de Paris, 23/09/92, Revue Expertises, 1993, n° 157, page 31 et suivantes.

LIKILLIMBA (G. - A.), note sous Cour d'appel de Paris, 31/05/96, Revue de Jurisprudence Commerciale, 04/98, pages 132 - 138.

LUCAS (A.) et **Vivant (M.)**, note sous : - Chambre de recours technique de l'office européen des brevets, 15/07/86, JCP(E), 87, I, n° 16607. - Cour d'appel de Paris,

- 27/01/87, Dalloz, 1987, Informations Rapides, page 37.
- LUCAS (F. - X.)**, note sous : - 16/03/95, cassation civile, JCP (G), 1996, II, n° 227. - 16/05/95, cassation civile, JCP (G), 1996, II, n° 22 736.
- MAISL (H.)**, note sous : - T.G.I de Paris, 24/04/84, Dalloz, 1985, Informations Rapides, page 47. - 03/11/87, cassation criminelle, Dalloz, 1988, II, page 17.
- MALAURIE-VIGNAL (M.), REBOUL (N.) et ETNER (L.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 16/06/99, Les Petites Affiches, n° 56, 20/03/2000, page 11 et suivantes.
- MAROT (Y.)**, note sous Cour d'appel de Lyon, 26/02/93, Les Petites Affiches, n° 92, 3/08/94.
- MARIN (X.)**, note sous, Cour de cassation, 05/02/62, Revue Banque, n° 471, page 269 et suivantes.
- MARTIN (A.)**, note sous 08/11/83, cassation commerciale, Bulletin, IV, n° 298 ; Revue Banque, 1984, page 732.
- MARTIN (D.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 02/11/82, Dalloz, 82, Informations Rapides, page 481.
- MARTIN (L.)**, note sous : - Cour d'appel de Marseille, 08/07/1971, Revue Banque, 1971, n° 302, page 1144. - T.G.I. de Lyon, 13/07/73, Revue Banque, 1973, n° 321, page 828 et suivantes.
- MAZEAUD (D.)**, note sous, cassation civile, 27/06/95, Répertoire Defrénois, 1995, article 36210, page 1416 et suivantes.
- MOUSSERON (J. - M.) et VIVANT (M.)**, note sous Chambre de recours technique de l'office européen des brevets, 15/07/86, JCP (E), 87, II, n° 14916.
- MOUSSERON (J. - M.), TEYSSIE (B.) et VIVANT (M.)**, note sous, Assemblée plénière, 07/03/86, JCP (G), 1986, II, n° 20.631.
- NEROT (C.)**, note sous T. com. de Lyon, 10/10/88, Les Petites Affiches, 30/11/88, page 16.
- PAISANT (G.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 23/02/96, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1996, page 710, n° 1.
- PIEDELIEVRE (S.)**, note sous 27/06/95, cassation civile, Dalloz, 1995, II, page 622 et suivantes.
- POIRIE (N.)**, note sous Cour de cassation, 28/10/96, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 440 et suivantes.
- REBOUL (N.), MALAURIE-VIGNAL (M.) et ETNER (L.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 16/06/99, Les Petites Affiches, n° 56, 20/03/2000, page 11 et suivantes.
- RIVES-LANGE (J. - L.) et CABRILLAC (M.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 23/04/78, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1977, page 346.
- RIVES-LANGE (J. - L.)**, note sous : - Cassation civile, 27/05/86, Revue Banque, 1987, n° 471, page 411 et suivantes. - Conseil d'Etat, 15/02/91, Revue Expertises, 1992, n° 142, page 322 et suivantes.
- Saint - Jouan (B.)**, note sous T.G.I de Paris, 25/03/1992, Revue Expertises, 1992, n° 153, page 313 et suivantes.
- SAVATIER (R.)**, note sous Cour d'appel de Versailles, 27/10/71, JCP (G), 1972, II, n°

17012.

- SPORTOUCH (J. - M.)**, note sous cassation sociale, 25/01/99, Revue Procédures, n° 124, mai 99, page 10.
- STAES (O.)**, note sous T.G.I. de Carpentras, 24/09/97, Dalloz, 1998, II, page 625 et suivantes.
- STOUFFLET (J.)**, note sous : - Cour d'appel de Paris, 26/05/67, JCP (G), 1968, II, n° 15518. - 31/05/94, cassation commerciale, Revue des Sociétés, 07 - 09/95, pages 496 et suivantes. - 18/11/80, cassation commerciale, Dalloz, 81, page 210 et suivantes.
- TEYSSIE (B.), MOUSSERON (J. - M.) et VIVANT (M.)**, note sous 07/03/86, JCP (G), 1986, II, n° 20.631.
- TROUILLE (I.)**, note sous Cour d'appel de Versailles, 02/07/97, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 436 et suivantes.
- VALLENS (J. - L.)**, note sous Cour d'appel de Versailles, 29/11/90, Dalloz, 1991, page 253.
- VASSEUR (M.)**, note sous : - Cour d'appel de Paris, 01/10/81, Dalloz, 1982, Informations Rapides, page 124. - T.G.I. de Bordeaux, 19/06/90, Dalloz, 1992, sommaire, page 32. - T.G.I. de Compiègne, 08/11/88, Dalloz, 1992, sommaire, page 32. - 21/01/81, cassation civile, Dalloz, 1983, Informations Rapides, page 503.
- VEZIAN (J.)**, note sous Cour d'appel de Paris, 06/02/75, Dalloz, 1975, page 318.
- Vivant (M.) et LUCAS (A.)**, note sous : - Chambre de recours technique de l'office européen des brevets, 15/07/86, JCP(E), 87, I, n° 16607. - Cour d'appel de Paris, 27/01/87, Dalloz, 1987, Informations Rapides, page 37 ; JCP(E), 1987, I, n° 16.607.
- VIVANT (M.) et MOUSSERON (J. - M.)**, note sous Chambre de recours technique de l'office européen des brevets, 15/07/86, JCP (E), 87, II, n° 14916.
- VIVANT (M.), TEYSSIE (B.) et MOUSSERON (J. - M.)**, note sous Assemblée plénière, 07/03/86, JCP (G), 1986, II, n° 20.631.
- X. D.**, note sous Cour d'appel de Dijon, 18/09/97, Dalloz Affaires, n° 122, 25 juin 1998, page 1086 et suivantes.V.

NOTES DE Jurisprudence par date ET JURIDICTION.

Jurisprudence de la Cour de cassation.

- 29/03/35, cassation criminelle, Gazette du Palais, 1935, 1, page 98.
- 20/10/41, Chambre des requêtes, Gazette du Palais, 1941, II, page 480.
- 27/05/42, cassation civile, Sirey, 1942, page 124.
- 12/06/56, cassation criminelle, Bulletin criminel, n° 461 ; Dalloz, 1956, page 577.

- 06/11/56, cassation criminelle, JCP (G), 1957, II, n° 9723.
- 29/06/60, cassation criminelle, Bulletin criminel, 1960, page 350.
- 05/02/62, cassation civile, Revue Banque, n° 471, 1962, page 269 et suivantes, note **MARIN (X.)**.
- 23/03/65, cassation commerciale, Bulletin, III, n° 228.
- 13/07/66, cassation commerciale, JCP (G), 1967, II, n° 15.131, note **Durand (P.)**.
- 20/06/73, cassation criminelle, Annales de la Propriété Industrielle, 1974, page 85.
- 15/01/74, cassation civile, Dalloz, 1974, page 267.
- 12/06/74, cassation criminelle, Annales de la Propriété industrielle, 1974, page 97.
- 12/10/76, cassation criminelle, Bulletin criminel, n° 287 ; Gazette du Palais, 1977 (1), sommaire, page 45.
- 18/11/80, cassation commerciale, Dalloz, 81, page 210 et suivantes, note **STOUFFLET (J.)**.
- 21/01/81, cassation civile, Bulletin civil, I, n° 21 ; Dalloz, 1983, Informations Rapides, page 503, **VASSEUR (M.)**.
- 16/04/82, cassation criminelle, Propriété Industrielle - Bulletin de Documentation, 1982, III, page 207.
- 08/11/83, cassation commerciale, Bulletin, IV, n° 298 ; Revue Banque, 1984, page 732, **MARTIN (A.)**.
- 07/03/86, Assemblée plénière, Dalloz, 1986, II, page 405, note **EDELMAN (N.)** ; JCP (G), 1986, II, n° 20.631, note **MOUSSERON (J. - M.)**, **TEYSSIE (B.)** et **VIVANT (M.)** ; Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1986, page 339, note **FRAN Ç ON (A.)**.
- 27/05/86, cassation civile, Revue Banque, 1987, n° 471, page 411 et suivantes, note **RIVES-LANGE (J. - L.)**.
- 10/03/87, cassation commerciale, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, 1987, page 127, note **CREDOT (F - J.)** et **GERARD (Y.)**.
- 03/11/87, cassation criminelle, JCP (G), 1988, II, n° 3323, observations **FRAYSSINET (J.)** ; Dalloz, 1988, II, page 17, observation **MAISL (H.)**.
- 10/05/89, cassation civile, JCP (E), 1989, I, n° 15.771, note **LEGEAIS (D.)**.
- 06/06/90, cassation commerciale, juridique Lamy, pourvoi n°88 - 17.851.
- 19/06/90, cassation commerciale, Bulletin, n° 176.
- 02/10/90, cassation commerciale, juridique Lamy, pourvoi n° 89 - 14.301.
- 16/04/91, cassation civile, JCP (G), 1991, II, n° 21.770, note **CROZE (H.)**.
- 17/05/93, cassation civile, Bulletin civil, n° 179.
- 15/03/94, cassation commerciale, juridique Lamy, pourvoi n° 92 - 13.735.
- 31/05/94, cassation commerciale, Bulletin Joly, 08 - 09/94, page 967, note **BONNEAU (Th.)** ; Revue des Sociétés, 07 - 09/95, pages 496, note **STOUFFLET (J.)**.
- 08/06/94, cassation civile, Bulletin civil, I, n° 206 ; Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 01 - 03/95, chronique de jurisprudence, n° 6, page 170 - 171, observations **CABRILLAC (M.)** ; Revue de Droit bancaire et de la Bourse, n° 44, 07 -

- 08/94, chronique n° 7 par **CREDOT (F. - J.)** et **GERARD (Y.)**.
- 11/10/94, cassation civile, Bulletin civil, 1994, I, n° 289.
- 16/03/95, cassation civile, JCP (G), 1996, II, n° 227, note **LUCAS (F. - X.)**.
- 16/05/95, cassation civile, JCP (G), 1996, II, n° 22 736, note **LUCAS (F. - X.)**.
- 13/06/95, cassation commerciale, Bulletin, n° 172 ; rapport de la Cour de cassation pour 1995, documentation française, page 274, n° 1 ; Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1995, page 818, n° 4, chronique par **CABRILLAC (M.)**.
- 25/06/95, cassation civile, JCP (E), II, n° 732, note **LEGEAIS (D.)**.
- 27/06/95, cassation civile, JCP (E), 1996, II, page 11 et suivantes, note **LEGEAIS (D.)** ; Dalloz, 1995, II, page 622 et suivantes, note **PIEDELIEVRE (S.)** ; Répertoire Defrénois, 1995, article 36210, page 1416 et suivantes, note **MAZEAUD (D.)**.
- 17/10/95, cassation commerciale, Quotidien Juridique, n° 98, 7 décembre 1995, page 2, note **DOM (J. - P.)**.
- 25/10/95, Revue Expertises, 1996, n° 195, pages 229 et suivantes, note **FRAYSSINET (J.)**.
- 14/11/95, cassation civile, Bulletin Joly, 1996, page 121, note **DELEBECQUE (Ph.)** ; Revue Banque, 1996, page 90, **GUILLOT (J. - L.)**.
- 18/06/96, cassation commerciale, Quotidien Juridique, 1996, n° 63, pages 6 et 7, note **DOM (J. - P.)**.
- 09/07/96, cassation civile, Dalloz Affaires, 1996, page 1164.
- 28/10/96, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 440 et suivantes, note **POIRIE (N.)**.
- 18/02/97, cassation civile, Bulletin, I, n° 61 ; Dalloz, 1997, Informations Rapides, page 74 ; JCP (G), 1997, IV, page 806 ; Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 1997/6, décision n° 813.
- 10/03/98, cassation commerciale, juridique Lamy, pourvoi n° 95 - 11.712.
- 25/01/99, cassation sociale, Revue Procédures, mai 99, page 10, n° 124, note **SPORTOUCH (J. - M.)**.
- 11/05/99, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 06/99, décision n° 710.
- 30/11/99, cassation commerciale, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2000, n° 1, page 13, note **CREDOT (F. - J.)** et **GERARD (Y.)**.
- 24 /01/00, cassation commerciale, juridique Lamy, pourvoi n° 98 - 18.638.
- 09/05/00, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 10/01, décision n° 1020.
- 10/10/00, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 01/2001, décision n° 71.
- 10/10/00, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 01/01, décisions n° 68 et 69.
- 18/10/00, Cassation criminelle, n° de pourvoi 99-85563.
- 27/01/01, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 07/2001, décision n° 800.

- 25/04/01, cassation commerciale, Bulletin Rapide de Droit des Affaires, 11/01, page 9, n° 14.
- 22/05/01, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 10/01, décision n° 1017.
- 22/05/01, cassation commerciale, legifrance, pourvoi n° 98 - 23.001.
- 03/07/01, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 12/01, décision n° 1243.
- 23/10/01, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 03/02, décision n° 291.
- 26/03/2002, cassation commerciale, Epoux Thiery c/ BRED, Revue Banque et Droit, n° 84, 07 - 08/2002, page 46 et suivantes, note **BONNEAU (Th.)**.
- 26/03/02, cassation commerciale, Banque française de crédit coopératif c/ Martin, Revue Banque et Droit, n° 85, 09 - 10/02, page 47, note **BONNEAU (Th.)**.
- 09/07/02, cassation commerciale, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 12/02, décision n° 1309.
- 09/07/02, cassation commerciale, Bulletin Rapide Droit des Affaires, 11/02, page 8, n° 13.

Jurisprudence des Cours d'appel.

- Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, 09/10/87, Juris-Data, n° 050259.
- Cour d'appel d'Amiens**, 28/03/63, JCP (G), 1963, II, n° 13.186, note **CABRILLAC (H.)** ; JCP (E), 1989, I, n° 19135.
- Cour d'appel de Bourges**, 03/05/93, Revue Juridique et du Centre-Ouest, 01/94, n° 13, page 134.
- Cour d'appel de Douai**, 04/12/64, Annales de la Propriété Industrielle, 1965, page 218.
- Cour d'appel de Caen**, 29/01/98, Juris-Data, n° 049973.
- Cour d'appel de Colmar**, 24/03/61, Gazette du Palais, 1961, jurisprudence, page 56 et suivantes.
- Cour d'appel de Dijon**, 18/09/97, Dalloz Affaires, n° 122, 25 juin 1998, page 1086 et suivantes, note **X. D.**
- Cour d'appel de Grenoble**, 19/09/89, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1990, page 387, **FRAN ç ON (A.)**.
- Cour d'appel de Limoges**, 01/07/81, Annales de la Propriété Industrielle, 1981, page 332.
- Cour d'appel de Lyon**, 26/02/93, Les Petites Affiches, n° 92, 3/08/94, note **MAROT (Y.)**.
- Cour d'appel de Marseille**, 08/07/71, Revue Banque, 1971, n° 302, page 1144, note **MARTIN (L.)**.
- Cour d'appel de Nancy**, 14/02/95, Juris-Data, n° 40471.

Cour d'appel de Paris : - 14/10/58, Gazette du Palais, 1958, 2e semestre, page 322. - 26/05/67, JCP (G), 1968, II, n° 15518, note STOUFFLET (J.). - 07/03/72, JCP (G), 1972, IV, page 202. - 17/10/74, Gazette du Palais, 1975, page 130, note GUYENOT (J.). - 06/02/75, Dalloz, 1975, page 318, note VEZIAN (J.) ; Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1975, page 345, note CABRILLAC (M.). - 23/04/78, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1977, page 346, note CABRILLAC (M.) et RIVES-LANGE (J. - L.). - 15/06/81, Gazette du Palais, 1982, II, n° 368, note Le TOURNEAU (Ph.). - 01/10/81, Dalloz, 1982, Informations Rapides, page 124, observations VASSEUR (M.). - 02/11/82, Dalloz, 82, Informations Rapides, page 481, observations MARTIN (D.) ; Gazette du Palais, 83, I, page 117, note BONNEAU (J. - R.). - 19//6/84, Dalloz, 1985, Informations Rapides, page 309, note COLOMBET. - 22/01/85, Juris-Data, n° 020082. - 27/01/87, Dalloz, 1987, Informations Rapides, page 37 ; JCP(E), 1987, I, n° 16.607, note VIVANT (M.) et LUCAS (A.). - 05/10/89, Dalloz, 1990, sommaire, page 119, note CABRILLAC (H.) ; JCP (E), 1989, I, n 19135, - 15/02/90, Juris-Data, n° 020589. - 11/06/92, Juris-Data, n° 022127. - 23/09/92, Juris-Data n° 023160. - 11/02/94, Revue Expertises, 1994, n° 173, page 229 et suivantes, note FRAYSSINET (J.). - 13/09/95, Revue Expertises, 1996, n° 200, page 443 et suivantes, note FRAYSSINET (J.). - 23/02/96, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1996, page 710, n° 1, note PAISANT (G.). - 31/05/96, Revue de Jurisprudence Commerciale, 04/98, pages 132 - 138, observations LIKILLIMBA (G. - A.). - 12/12/97, Juris-Data, n° 023759. - 16/06/99, Les Petites Affiches, n° 56, 20/03/00, note MALAURIE-VIGNAL (M.), REBOUL (N.) et ETNER (L.). - 21/12/01, Juris-Data, n° 166099.

Cour d'appel de Pau, 09/12/97, Juris-Data, n° 055258.

Cour d'appel de Rennes, 13/01/1992, JCP (E), 1993, II, n° 432, note **GAVALDA (Ch.)**.

Cour d'appel de Rouen, 13/09/01, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 05/02, décision n° 542 ; Bulletin Rapide de Droit des Affaires, 03/02, page 9, n° 17.

Cour d'appel de Toulouse, 30/06/98, inédit.

Cour d'appel de Versailles : - 27/10/71, JCP (G), 1972, II, n° 17012, note SAVATIER (R.). - 28/06/80, Gazette du Palais, 1992, sommaire, page 533. - 30/06/81, Juris-Data, n° 040963. - 29/11/90, Dalloz, 1991, page 253, note VALLENS (J. - L.). - 20/12/90, Dalloz, 1991, page 197, note AUBERT (J. - L.) ; Revue des Procédures Collectives, 1992, n° 11, page 46, observations Le Corre (P. - M.). - 30/01/91, Gazette du Palais, 23 - 25/06/91, sommaire, page 15. - 23/03/94, Revue Banque, n° 556, 1995, page 89 et suivantes, commentaires GUILLOT (J. - L.) ; Dalloz, 1994, Informations Rapides, page 151. - 06/02/96, Les Petites Affiches, 2/06/97, n° 66, observations CHOISY (M. - G.). - 02/07/97, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 436 et suivantes, note TROUILLE (I.). - 20/01/98, Juris-Data, n° 040044. - 24/09/98, Revue Banque et Droit, n° 64, 1999, page 49, note GUILLOT (J. - L.). - 09/04/99, Juris-Data, n° 04449. - 28/01/00, inédit. - 03/11/00, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 2001, décision n° 355.

Jurisprudence du Conseil d'Etat.

- 22/02/80, Revue de Jurisprudence Fiscale, 1984, page 279, note **GUILLENCHMIDT**.
- 06/12/85, JCP (E), 1986, I, n° 15053.
- 12/09/89, JCP, (G), 1990, II, n° 21.525, note **FRAYSSINET (J.)**.
- 27/09/89, Revue Expertises, 1989, n° 123, page 429 et suivantes, note **FRAYSSINET (J.)**.
- 15/02/91, Revue Expertises, 1992, n° 142, page 322 et suivantes, note **RIVES-LANGE (J. - L.)**.
- 30/11/94, Actualité Juridique de Droit Administratif, 07-08, 1995, jurisp., page 587, note **FRAYSSINET (J.)**.
- 05/06/95, Revue Expertises, 01/96, page 29, note **FRAYSSINET (J.)**.
- 07/06/95, Revue Expertises, 1996, n° 190, page 29 et suivantes, note **FRAYSSINET (J.)**.
- 06/01/97, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, avril 1997, décision n°722.
- 30/07/97, Revue Expertises, 1998, n° 211, page 431 et suivantes, note **FRAYSSINET (J.)**.

Jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes.

- 15/07/70, ACF Chemiefarma NV. c/ Commission des communautés européennes, Recueil de jurisprudence, 1970, page 661 et suivantes.
- 18/05/82, affaire 155/79, AM et S, Recueil, 1982, page 1575 et suivantes.
- 19/05/94, affaire C-36/92 P., SEP, Recueil, 1994, page 1911 et suivantes.

Jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

25/02/93, affaire Funke c/ France, volume 256-A, série A.

Chambre de recours technique de l'office européen des brevets.

15/07/86, affaire T. 208/84, JOEB, 1987, page 14 ; JCP(E), 87, I, n° 16607, note **Vivant (M.)** et **LUCAS (A.)** ; JCP (E), 87, II, n° 14916, note **MOUSSERON (J. - M.)** et **VIVANT (M.)**.

Jurisprudence des tribunaux.

-
- T.I. de Blois**, 25/01/89, Gazette du Palais, 1989, 1^{er} semestre, Recueil des sommaires, page 194 et suivantes, note **BEY (E. - M.)**.
- T.G.I. de Bordeaux**, 19/06/90, Dalloz, 1992, sommaire, page 32, note **VASSEUR (M.)**.
- T.G.I. de Carpentras**, 24/09/97, Dalloz, 1998, II, page 625 et suivantes, note **STAES (O.)**.
- T.G.I. de Compiègne**, 8/11/88, Dalloz, 1992, sommaire, page 32, note **VASSEUR (M.)**.
- T. com. de Lyon** : - 13/07/73, Revue Banque, 1973, n° 321, page 828 et suivantes, note MARTIN (L.). - 10/10/88, Les Petites Affiches, 30/11/88, page 16, note NEROT (C.).
- T.G.I. de Paris** : - 19/11/80, Dalloz, 1981, II, page 440, note BOULOC (B.). - 24/04/84, Dalloz, 1985, Informations Rapides, page 47, note MAISL (H.). - 03/87, Revue Expertises, mai 87, page 195. - 25/03/92, Revue Expertises, 1992, n° 153, page 313 et suivantes, note Saint-Jouan (B.). - 23/09/92, Revue Expertises, 1993, n° 57, page 31 et suivantes, note LEMARCHAND (S.). - 10/06/98, inédit. - 03/07/00, inédit.
- T.G.I. de Rennes**, 08/12/88, Revue Expertises, 1989, n° 115, page 104 et suivantes, note **FRAYSSINET (J.)**.
- T. civil de la Seine**, 19/12/28, Annales de la Propriété Industrielle, 1929, page 181 et suivantes.

INDEX

A

Abdication (de l'homme face à la machine), n° 514, n° 515, n° 957, n° 970, n° 992, n° 1000, n° 1002, n° 1180.

Agence de notation, n° 53.

Agrément bancaire, n° 1057, n° 1058, n° 1062.

Accès (droit d'), voir rubrique droit d'accès.

Asymétrie d'information, n° 239.

Agence de renseignements (commerciaux).

-- Généralités, n° 249.

-- Information diffusée, n° 250.

-- Pertinence, n° 251.

Analyse commerciale (de l'entreprise), n° 266.

Analyse financière, n° 267 et suivants.

Acte de crédit, n° 273 et suivants, n° 286.

Algorithme génétique, n° 397.

Accès au crédit.

- Garanties, n° 920 et suivants, n° 923, n° 945, n° 950, n° 952.
- Score, n° 1050.

Activité d'assurance et activité bancaire (secret professionnel), n° 885.

Article 3 de la loi de 1978.

- Contre-pouvoir (et), n° 427.
- Immixtion dans la gestion des établissements de crédit, n° 428.
- Nécessité d'opposition d'un résultat, n° 84 et suivants.
- Droits visés par l'article 3, n° 441 et suivants.

- Droit d'accès, n° 442 et suivants.
 - informations nominatives (aux), n° 444 et suivants. Brutes, n° 443 à 450. Informations-résultats, n° 451.
 - Informations non nominatives aux), n° 452 et suivants.
 - Limite au droit d'accès, n° 467 et suivants.
 - Droit de contestation, 498 et suivants.
- Philosophie, n° 515 et 516.
- Contenu, n° 501 et suivants.
- Exclusion des personnes morales, n° 517 et suivants.
- Extension aux personnes morales, n° 526 et suivants.
- Sanctions, n° 537 et 538.

Automatisation des décisions.

- Nature du contrat de banque, n° 1175 et suivants.
- Risque, n° 997.

Avis au cédant, n° 1104 et suivants.

B

Bach (système), n° 78.

Banque de France.

- Cotation des dirigeants, n° 65.
- Cotation des entreprises, n° 64.

-- Rôles, n° 57.

Banquier.

-- Commerçant, n° 918.

-- Dialogue, n° 285, n° 307.

-- Qualités, n° 282 et suivants.

Banques et mission de service public, n° 13 et suivants, n° 841 et 842, n° 945, n° 1053 et suivants.

Biens.

-- Estimation, n° 291.

-- Propriété, n° 292.

-- Disponibilité, n° 295.

-- Gestion, n° 294.

-- Informationnels, n° 686 et suivants. Voir aussi théorie des biens informationnels.

Bilan, n° 270.

Bloc-notes, n° 43, n° 200, n° 204, n° 205, n° 206.

Bonne foi.

-- Définition, n° 215, n° 217.

-- Devoir de conseil, n° 1119.

-- Informations transmises par le client (et), n° 222.

-- Maintien du crédit, n° 1078 et suivants.

-- Obligation générale d'information, n° 850.

-- Principe, n° 208.

-- Résolution conflit d'intérêts (méthode de), n° 752.

Bonus argentarius, n° 1096.

Boîte noire, n° 386, n° 397 et n°411.

Brevet (scores et systèmes experts), n° 592.

Budget type (méthode du), n° 300.

Bureau de crédit, n° 249.

C

Catégorisation des individus, n° 107, n° 152, n° 391, n° 426, n° 503, n° 507 et suivants, n° 518 et suivants, n° 964, n° 1173.

Catégorisation des personnes morales, n° 430.

Caution.

- Information, n° 818, n° 823, n° 834 et suivants, n° 848 et suivants.
- Légitimité de la garantie, n° 919.
- Liberté patrimoniale, n° 946 et suivants.
- Proportionnalité (principe de), n° 945, n° 947, n° 1120.
- Secret professionnel, n° 882 et suivants.

Cautionnement (politique de), n° 389.

Centrale des bilans, n° 72 et suivants.

- Contenu, n° 75.
- Pertinence, n° 76.

Centrale des chèques, n° 80 et suivants.

- Contenu, n° 80.
- Finalité, n° 82.
- Intérêt, n° 81.
- Pertinence, n° 83.

Centrale des risques, n° 75, n° 87 et suivants.

- Contenu, n° 87.
- Pertinence, n° 90 et suivants.

Centrale professionnelle d'information sur les impayés (CPII), n° 99, n° 131, n° 184 et suivants.

- Déclaration ordinaire, n° 187.
- Durée de conservation des informations, n° 193.
- Historique, n° 185.

Clientèle, n° 373.

- A rationalité objective, n° 373.
- A rationalité procédurale, n° 373.

Code de bonne conduite (ou de déontologie), n° 763 et suivants.

- Principe.

· **Droit comparé**, n° 766 et suivants.

- Codes à caractère officiel, n° 767 et 768.
- Codes mixtes, n° 769.
- Codes privés, n° 770 et suivants.

-
- Droit communautaire, n° 775.
 - Droit national, n° 776 et suivants.
 - Contenu, n° 780 et suivants.
 - Droit comparé, n° 784 et suivants.
 - Droit national, n° 781, n° 782, n° 788 et suivants.
 - Effectivité, n° 793 et suivants.
 - Logistique, n° 794 et suivants.
 - Aspect contraignant, n° 805 et suivants.
 - Diligences bancaires, n° 1096.
 - Coface**, n° 411.
 - Collaboration (devoir de)**, n° 228, n° 1073, n° 1078 et suivants.
 - Collecte d'informations**.
 - Déloyale, n° 114 et n° 115.
 - Directe, n° 143.
 - Frauduleuse, n° 115, n° 141, n° 144.
 - Illicite, n° 111, n° 114, n° 115, n° 141, n° 144, n° 254.
 - Indirecte, n° 144.
 - Interdite, n° 145, n° 349.
 - Comité européen des centrales des bilans**, n° 77.
 - Commission nationale informatique et libertés**, n° 718 et suivants.
 - Autorité morale, n° 719.
 - Publicité.
 - Des traitements, n° 1005.
 - Rapport annuel, n° 722, n° 723, n° 809.
 - Sanctions, n° 736.
 - Pouvoir de contrôle, n° 1009.
 - Pouvoir de sanction pécuniaire, n° 733 et suivants.
 - Recommandation, n° 726 et suivants, n° 778.
 - Secret professionnel, n° 744.
 - Secret professionnel bancaire (opposabilité), n° 747.
 - **Compte bancaire**.

-- Collecte (principe), n° 201, n° 206.

-- Durée de conservation des données, n° 201.

-- Finalité (principe), n° 143, n° 201, n° 206.

Compétence du dirigeant, n° 275.

Compte de résultat, n° 269.

Confiance.

-- Principe n° 211, n° 273.

-- Définition, n° 274 et suivants.

-- Eléments subjectifs (de la).

· Compétence du dirigeant, n° 275.

· Qualités morales du dirigeant, n° 276 et suivants.

– Moralité, n° 277.

– Honnêteté, n° 278.

– Honorabilité, n° 279.

-- Garanties (prise de), n° 921.

-- Dans l'ordinateur, n° 957, n° 1172.

-- Mode de distribution du crédit, n° 997, n° 1000.

-- Décision automatique, n° 1046.

-- Crédit solidaire, n° 1055.

-- Rupture du contrat de crédit, n° 1071.

Confidentialité (principe de la loi de 1978), n° 422, n° 469 et suivants, n° 474 et suivants.

Confidentialité des méthodes des scores, n° 671 et suivants.

Confidentialité des informations-résultats, n° 895 et suivants.

Conscience financière de place, n° 241.

Conseil (devoir de), voir rubrique devoir de conseil

Consortiums bancaires, n° 242.

Contentieux économique (règles du) et résolution du conflit d'intérêts relatif à l'application de l'article 3, n° 705 et suivants.

-- Règles de concurrence, n° 706 et suivants.

-- Règles des saisies contrefaçon, n° 714 et suivants.

Convention du conseil de l'Europe (dite convention 108), n° 141, n° 148, n° 159, n° 353, n° 360, n° 361, n° 465, n° 782.

Coopération bancaire, n° 241 et suivants.

Coopération (devoir de), n° 216, n° 852.

Cotation Banque de France.

-- Cotation des dirigeants, n° 65.

-- Cotation des entreprises, n° 64.

-- Catégorisation (et), n° 75, n° 524 et n° 525.

-- Droit de contestation (et), n° 526 et 527.

-- Et responsabilité bancaire (normes d'appréciation), n° 1102 et suivants, n° 1129, n° 1168.

Cote de moralité, n° 245.

Covenant, n° 1110.

Crédit.

-- Banalisation, n° 303.

-- Crédit à durée déterminée et score, n° 1068 et suivants.

-- Crédit à durée indéterminée et score, n° 1072 et suivants.

-- Danger, n° 11.

-- Droit au crédit, voir ces mots.

-- Echanges, n° 8.

-- Monnaie, n° 10.

-- Montant et information-résultat (principe), n° 818.

-- Notion, n° 4.

-- Production, n° 9.

-- Risque judiciaire, n° 16 et n° 17.

-- Rôle dans l'économie, n° 238.

-- Rupture.

· Abus, n° 1073, n° 1079 et n° 1083.

· CDD, n° 1068 et suivants.

· CDI, n° 1072 et suivants.

· Délai de préavis, n° 1072.

· Motif légitime, n° 1073.

Crédit-scoring. Voir aussi le terme score

-- Catégorisation (et), n° 508 et suivants, spécialement n° 508 et n° 513 n° 523 et n° 524.

-- Choix des variables, n° 319.

- Contexte de développement.
- Crédit aux particuliers, n° 311.
- Crédit aux entreprises, n° 399.
- Critères qualitatifs, n° 317 et suivants.
- Âge, n° 343.
- État de santé, n° 344.
- Nationalité, n° 349 et suivants.
- Situation professionnelle, n° 325.
- Situation bancaire, n° 326 et suivants.
 - Endettement, n° 327.
 - Existence d'un compte bancaire, n° 328.
 - Ancienneté du compte bancaire, n° 329.
- Situation familiale, n° 330 et suivants.
 - Statut matrimonial, n° 331.
 - Taille de la famille, n° 332.
- Situation dans le logement, n° 326 et suivants.
 - Qualité, n° 334.
 - Ancienneté, n° 335.
- Situation du logement, n° 336 et suivants.
- Critères quantitatifs, 323.
 - Définition/terminologie, n° 312, n° 314, n° 316.
 - Forçage (du), n° 393.
 - Pertinence des variables, n° 391.
 - Philosophie des scores d'entreprise, n° 401.
 - Zone incertaine du *scoring*, n° 394, n° 858, n° 941, n° 942.
 - " **Credit bureau** ", n° 249.
 - " **Credit report** ", n° 348.
 - " **Creditmen** "(méthode des), n° 405.

D

Déclaration simplifiée, n° 139, n° 351.

Déclaration ordinaire, n° 187, n° 742, n° 978, n° 979 (et score), n° 979 (et nécessité de protéger la vie privée).

Décision (automatisation), n° 873 (danger pour l'individu), n° 1175 et suivants (et intuitus personae).

Décision de justice (automaticité), n°1163 et suivants.

Détournement de finalité, n° 111, n° 112, n° 150, n° 342 (îlotypage).

Déontologie.

-- Code de déontologie, n° 763 et suivants, n° 1096.

-- De la CNIL, n° 719, n° 723, n° 725.

-- Déontologue, n° 803.

Dépersonnalisation de la relation bancaire, n° 1179 et suivants.

Devoir de conseil, n° 1119.

Devoir de clairvoyance économique, voir rubrique devoir de discernement.

Devoir de discernement, n° 1091, n° 1093, n° 1095, n° 1133 et suivants.

Devoir d'information, n° 848 et suivants.

-- Conditions, n° 855 et suivants.

-- Confiance (et), n° 861.

-- Fondement, n° 851 et suivants.

Devoir de non-immixtion, voir devoir de non-ingérence.

Devoir de non-ingérence, n° 579 et suivants, n° 681, n° 1132.

Devoir de prudence.

-- Devoir de conseil (et), n° 1119.

-- Notion, n° 1091.

-- Politique des garanties (et), n° 952.

-- Politique des taux (et), n° 953.

-- Principe, n° 951.

Devoir de vigilance, voir rubrique devoir de prudence.

Dialogue, n° 285, n° 527, n° 528, n° 1186 et n° 1187.

Dignité de crédit (notion), n° 2.

Diligences bancaires.

- Code des diligences bancaires (inexistence), n° 1096.
- Contenu, n° 1098 et suivants.
- Principe, n° 1095.
- Voir aussi rubriques devoir de prudence et devoir de discernement.

Dirigeant.

- Compétences, n° 275.
- Qualités morales, n° 276 et suivants, n° 758, n° 573, n° 997, n° 1029.

Discrimination.

- Entre personnes morales et entreprises, n° 175.
- Techniques de l'ilotypage (et), n° 342.
- Critères de sélection (et), n° 347 et suivants.
- Discrimination statistique, n° 347.
- Discrimination préjudiciable, n° 347.
- Droit comparé, n° 348.
- Droit national, n° 349 et suivants.

-- Interdiction, n° 576

- *Intuitus personae* (et), n° 570.
- Risque (de), n° 101 et n° 206.

Disparition (d'informations), n° 492, n° 497.

Dissimulation (d'informations), n° 490, n° 492, n° 497.

Distribution du crédit (activité commerciale), n° 6 et n° 918.

Documentation juridique (transmission), n° 226.

Documentation comptable et financière, n° 227 et suivants.

- Image fidèle, n° 232.
- Principe, n° 227.
- Sincérité, n° 228 et n° 229.
- Atteinte, n° 233.
- Clause d'audit, n° 229.
- Notion, n° 232
- Principe, n° 231.

Dol, n° 50, n° 217, n° 218, n° 222, n° 817, n° 851, n° 855, n° 857.

Données adéquates, n° 146.

Données nominatives (notion), n° 131 et suivants.

Données pertinentes, n° 146.

Dossier.

-- Accès, n° 1134 et suivants.

-- Motivation des décisions, n° 1159 et 1160.

-- Notion, n° 137.

Droit à l'image, n° 172, n° 177, n° 180.

Droit à l'information, n° 208 et suivants.

Droit à l'oubli, n° 108, n° 119 et suivants, n° 166.

Droit au compte, n° 1050, n° 1052, n° 1061 et suivants.

Droit au crédit.

-- Consécration, n° 1057 et suivants.

-- Fondement, n° 1054 et suivants.

-- Inexistence, n° 540, n° 1023.

-- Informatisation des décisions (et), n° 1181.

-- Principe, n° 1050.

-- Score, n° 1065.

-- Terminologie, n° 1050.

Droit d'accès, n° 107, n° 144, n° 160, n° 195, n° 430, n° 447, n° 451, n° 537, n° 681.

Droit d'accès et droit à la connaissance de l'article 3, n° 446 et suivants, n° 537 et n° 538.

Droit d'accès et segmentation comportementale, n° 449, n° 450, n° 616 et n° 617.

Droit d'accès aux écritures informatiques, n° 455.

Droit d'auteur.

-- Crédit-scoring et système expert (et), n° 584 et suivants.

· Conditions d'existence, n° 594 et suivants.

· Originalité (notion), n° 595 et suivants.

· Application, n° 604 et suivants.

– Système expert, n° 605 et suivants.

– Crédit-scoring, n° 609 et suivants.

-- Principe, n° 48, n° 420.

-- Risque d'atteinte, n° 540.

Droit de communication.

-- Forme.

- Sincère, n° 162, n° 195.
- Intelligible, n° 161, n° 494 et suivants.
- Claire, n° 449, n° 495 à 497, n° 545.

-- Principes, n° 160.

Droit de contestation (des informations et des raisonnements).

-- Contre-pouvoir, n° 427.

-- Droit d'accès et droit de contestation, n° 430 et suivants.

· Conditions d'exercice

- Nécessité d'opposition d'un résultat, n° 431 et suivants. Principe, n° 432. Opposition directe, n° 432 et suivants. Opposition indirecte, n° 437.
- Absence de nécessité d'opposition au plan communautaire n° 438 et suivants. Lecture stricte, n° 439. Nécessité pratique d'une opposition, n° 440.

· Droits visés, n° 442 et suivants.

- Droits à la connaissance des raisonnements informatiques, n° 442 et suivants. Droit à la connaissance des raisonnements et droit d'accès général, n° 446 et suivants, n° 537 et n° 538. Limites, n° 467 et suivants. Secret professionnel bancaire, n° 480 et suivants. Principe de confidentialité et de sécurité, n° 471 et suivants. Attitude des établissements de crédit, n° 486 et suivants. Transposition de la directive, n° 497.
- Droit de contestation, n° 498 et suivants. Contenu, n° 501 et suivants. Philosophie, n° 515 et 516. Exclusion des personnes morales, n° 517 et suivants. Extension aux personnes morales, n° 526 et suivants.

-- Immixtion dans la gestion des établissements de crédit, n° 428.

-- Principe, n° 47, n° 163, n° 416, n° 420.

Droit de propriété et résultats informatiques, n° 685 et suivants.

Droit de rectification, n° 107, n° 144, n° 147, n° 163 et suivants, n° 450, n° 500, n° 527, n° 617.

Droit de rétractation, n° 145, n° 196, n° 199.

Droit d'ingérence (dans le processus décisionnel des établissements de crédit), n° 577 et suivants, n° 1049, n° 1132.

Droit d'interrogation, n° 159.

Droit d'opposition.

-- Forme, n° 154 et suivants.

- Principe, n° 151 et suivants.
- Traitements visés, n° 153.
- " **Duty of disclosure** ", n° 216.

E

Écart de signature, n° 1102 et suivants.

Écritures informatiques (accès), n° 455.

Endettement (seuil), n° 1112 et suivants, n° 1119, n° 1124.

" **Equal Credit Opportunity Act** ", n° 348, n° 563, n° 772.

Erreur de fichage, n° 71, n° 83, n° 85, n° 91, n° 105, n° 185 et n° 192.

Exclusion.

-- Des personnes morales (de la loi informatique et libertés).

- Discrimination (risque de), n° 175.
 - Distorsions de concurrence, n° 176.
 - Principe n° 168, n° 430, n° 478, n° 505, n° 517 et suivants, n° 814, n° 902, n° 905.
- Taux d'endettement, n° 1125.
- Par les scores et les systèmes experts, n° 957, n° 994, n° 1055.
 - Sociale, n° 101, n° 1055.
- Expertise et protection du secret des affaires**, n° 714, n° 715, n° 745.
- Expertise et secret professionnel**, n° 1150

F

" **Fair Credit Billing Act** ", n° 346.

" **Fair Credit Reporting Act** ", n° 772.

Fichier.

- BACH, voir ce mot.
- Centrale des bilans, voir ces mots.
- Centrale des chèques, voir ces mots.
- Centrale des risques, voir ces mots.
- Déclaration préalable, n° 139.

- Des incidents de paiement, n° 84 et suivants.
- Contenu, n° 84.
- Pertinence, n° 85.
- Des tentatives d'obtention frauduleuse d'un crédit, n° 195 et suivants.
 - National des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP).
- Contenu, n° 95 et suivants.
- Limites, n° 97 et suivants.
- Nature, n° 98 et suivants.
 - Droit comparé, n° 99.
 - Droit national et fichier positif, n° 101 et suivants.
- Utilité, n° 102.
- Pertinence, n° 103 et suivants.
- Garanties (apportées au fiché), n° 106 et suivants.
 - Information, n° 107.
 - Droit d'accès et de rectification, n° 107.
 - Principe de finalité, n° 109 et suivants.
 - Droit à l'oubli, n° 119 et suivants.
 - Radiation, n° 119 et suivants.
- Responsabilité bancaire, n° 1101, n° 1117.
- Secret professionnel bancaire, n° 892.
- FIBEN, voir ce mot.
 - Négatif, n° 95, n° 98, n° 100, n° 101.
 - Notion, n° 137.
 - Positif, n° 95, n° 99, n° 100.
- Filiale bancaire et secret professionnel, n° 885.**
- Filiale non bancaire et secret professionnel, n° 885.**
- Finalité.**
 - Détournement, n° 111 et n° 112.
 - Informations du compte bancaire, n° 194.
 - Nationalité, n° 361 et n° 362.
 - Principe, n° 82, n° 101, n° 104, n° 109 et suivants, n° 112, n° 114, n° 118, n° 130,

n° 134, n° 144, n° 146, n° 148 et suivants, n° 1008.

-- Sanction du principe d'humanité, n° 1015 à 1017.

Finance solidaire, n° 1055 et n° 1056.

Flair (du banquier), n° 23, n° 283, n° 286, n° 391, n° 571, n° 654, n° 1000.

G

Goodwill ", n° 172, n° 173, n° 177, n° 180.

G.A.M.I.N. (projet), n° 963, n° 964, n° 1016.

Garanties.

-- Devoir de prudence, n° 952.

-- Droit d'apporter une garantie, n° 913.

-- Droit de demander une garantie, n° 919 et 945.

-- Exclusion, n° 945.

-- Intérêt général, n° 922 et n° 923.

-- Liberté patrimoniale, n° 945 et suivants.

-- Opportunité de la prise de garantie, n° 926 et suivants.

- Rapport coût/efficacité, n° 926
 - Contexte de distribution du crédit, n° 927.
 - Politique commerciale, n° 928.
 - Score et garantie, n° 931 et suivants.
- Politique (des), n° 909, n° 925 et suivants, n° 929.
- Principe, n° 818.

H

" Home Mortgage Disclosure Act ", n° 772.

" Hunch ", voir flair du banquier.

Homonymie, n° 71, n° 91, n° 105, n° 185, n° 192.

Honnêteté, n° 172 et n° 278.

Honneur, n° 172.

Honorabilité, n° 102, n° 119, n° 124, n° 201, n° 279.

Huissier, n° 252, n° 256.

I

Îlotypage, n° 338 et suivants.

- Légalité, légitimité, n° 342.
- Moyen de lutte contre la fraude, n° 340.
- Outil de sélection, n° 341.

Immixtion du juge (dans la décision bancaire), n° 1132 et n° 1170.

Incidents de paiement caractérisé, n° 95 et n° 96.

Indicateur de transparence, n° 66.

Inégalité d'informations, n° 853 et n° 854.

Informations à valeur ajoutée, n° 123.

Informations pertinentes et score, n° 856 et suivants.

Information-résultat.

- Formation du consentement (et) n° 818 et suivants.

- Principe.
 - Du demandeur de crédit, n° 821, n° 829 et suivants, n° 832.
 - Des tiers. Souscripteurs des emprunts sur le marché, n° 822, n° 836. Partenaires de l'emprunteur, n° 823 et suivants. Caution, n° 824, n° 834 et suivants. Partenaires économiques, n° 825, n° 840 et suivants, n° 846. Établissements de crédit, n° 844 et suivants.
- Fondement, n° 848 et suivants.
 - Rétention (droit de), n° 677 et suivants.
- Nécessité de préserver la relation commerciale, n° 681.
- Nécessité de respecter la liberté d'opinion du banquier, n° 682 et suivants.
- Théorie des biens informationnels, n° 686 et suivants.
 - Secret professionnel bancaire, n° 865 et suivants.
 - Intelligente artificielle**, n° 397 et suivants.
 - Interdiction bancaire**, n° 80 et suivants.
 - Intérêt du marché**, n° 816, n° 822, n° 845.

Intérêt général (notion), n° 10 et suivants, n° 234 à n° 236, n° 238, n° 241, n° 244, n° 246, n° 247, n° 389, n° 528, n° 572, n° 816, n° 821, n° 824, n° 826, n° 921 et suivants, n° 1053, n° 1056.

Intérêt général et information-résultat, n° 837 et suivants.

-- Intérêt général et demandeur de crédit, n° 838 et suivants.

-- Intérêt général et tiers, n° 840 et suivants.

· Intérêt général et environnement bancaire, n° 844 à 846.

· Intérêt général et intérêt du marché, n° 847.

-- Conflit d'intérêts généraux, n° 894.

Intervention humaine (dans le processus décisionnel), n° 426.

Intuitus personae .

-- Automatisation de la décision (et), n° 1175 et suivants.

-- Liberté de contracter du banquier (et), n° 569 et suivants

K

" **Kredit würdigkeit** ", n° 2 et n° 264.

" **Know-How** ", voir savoir-faire.

L

Liberté de sélection, n° 972 et suivants, n° 980.

Liberté d'entreprendre, n° 139, n° 152, n° 156, n° 168, n° 169, n° 176, n° 177, n° 180, n° 181, n° 414, n° 973, n° 1075 et suivants. .

Liberté d'opinion du banquier et secret des affaires, n° 682 et suivants.

Liberté patrimoniale (droit à la), n° 945, n° 946 et suivants.

Liberté de décision du banquier.

-- Atteinte, n° 536, n° 542 et suivants, n° 1184.

· Cas d'atteinte, n° 544 et suivants.

– Cas de l'article 3 (de la loi de 1978), n° 545.

– Cas de l'article 2 (de la loi de 1978), n° 546 à 550.

- Danger de l'obligation de motivation de décision, n° 552 à n° 556.
 - Et caractéristiques du contrat.
- Liberté de demander une garantie et de fixer le taux d'intérêt, n° 910, n° 912 et n° 942.
- Liberté de décider et principe d'humanité, n° 1002.
 - Et dénaturation du contrat, n° 1181.
 - Liberté de rompre le contrat et score, n° 1067 et suivants.
- Principe, n° 1067.
- Scores et cause de rupture du CDD, n° 1068 et suivants.
- Scores et rupture du CDI, n° 1072.
- Exception, n° 1073 et suivants.
 - Principe, n° 49, n° 421, n° 497, n° 540, n° 557 et suivants, n° 955.
- Droit comparé, n° 557 et suivants.
 - Canada, n° 558 et n° 559.
 - USA, n° 560 à n° 563.
- Droit national, n° 565 à n° 574.
- Limite au principe de la liberté de décision, n° 575 et suivants.

Libertés fondamentales, n° 44, n° 156, n° 741.

Libertés individuelles.

- Critères du score, n° 346.
- Fichier, n° 58, n° 101, n° 143.
- Informatique, n° 513, n° 956, n° 957, n° 962.
- Nationalité, n° 359.

Liste noire, n° 130, n° 182 et suivants, n° 247, n° 901.

Logiciels et modes d'évaluation de la dignité de crédit, n° 586 et suivants.

- Nature du logiciel, n° 586 et suivants.

- Définition technique, n° 586.
 - Définition juridique, n° 587.
 - Valeur, n° 588 à n° 591.
 - Nature des droits reconnus aux créateurs, n° 594 et suivants.
- #### **Logiques informatiques.**

-
- Étendu, n° 462 et suivants.
 - Terminologie, n° 459 et n° 460. **Loi informatique et libertés.**
 - Champ d'application *ratione materiae*, n° 132 et suivants.
 - Champ d'application *ratione personae*, n° 168 et suivants, n° 430, n° 478, n° 505, n° 517, n° 814.
 - Philosophie, n° 506 et suivants, n° 965.
- Loyauté.**
- Dans les affaires, n° 208.
 - Définition, n° 215.
 - Devoir de conseil, n° 1119.
 - Devoir général d'information, n° 850 et n° 852.
 - Informations transmises par le client, n° 222.
 - Informations transmises par le prescripteur, n° 223.
 - Maintien du crédit, n° 1078 et suivants.
 - Résolution du conflit d'intérêts, n° 752 et n° 756.

M

Maîtrise des risques.

- Crédit (de), n° 376 et suivants.
- Impayés (d'), n° 375.
- Principe, n° 101, n° 667.

Médiateur, n° 804.

Méthodes classiques d'évaluation de la dignité de crédit, n° 21 et suivants.

- Analyse objective, n° 22.
- Analyse subjective, n° 23.

Méthodes modernes d'évaluation de la dignité de crédit, n° 24 et suivants.

- Définition du crédit-scoring, n° 25.

- *Scoring* et notation financière, n° 26.
- *Scoring* et segmentation comportementale, n° 27.
- *Scoring* et système expert, n° 28.
- Facteurs explicatifs d'apparition du crédit-scoring, n° 29 et suivants.
 - Limites techniques (généralités), n° 40 et suivants.

-- Limite d'ordre juridique (généralités), n° 43 et suivants.

- Danger pour la vie privée, n° 43.
- Secret des affaires, n° 43.

Micro crédit, micro finance, n° 1055 et n° 1056.

Moralité, n° 102, n° 107 (certificat de), n° 128, n° 277 (définition).

N

Nationalité (légalité), n° 349 et suivants, n° 460 et suivants, n° 504.

Non-conformité (communication d'informations), n° 493.

Non-discrimination et droit à une garantie, n° 919.

Norme simplifiée, n° 139.

Normes prudentielles, n° 376 et suivants, n° 922.

Notaire, n° 252 et n° 256.

Notation financière et crédit-scoring, n° 26.

O

" **Ombudsman** ", n° 799 et suivants.

Obligation de motivation des décisions (danger).

-- Liberté de décision du banquier (et), n° 551 et suivants, n° 1081 et suivants.

-- Responsabilité (et recherche de la), n° 1159 et suivants.

Obligation de maintenir la relation bancaire, n° 1073 et suivants.

Obligation de s'informer du banquier, n° 1092.

Obligation générale d'information, n° 848 et suivants.

-- Définition, n° 849.

-- Fondement, n° 851 et suivants.

- Bonne foi, loyauté et devoir de coopération, n° 852.
- Inégalité d'information, n° 853 et n° 854.
- Conditions (d'existence), n° 855 et suivants.

- Information pertinente, n° 856 et suivants.

- Définition, n° 856.
- Score, n° 857 et n° 858.
- Ignorance du fait recelé, n° 859 et suivants.

Opinion de la place.

- Informations-résultats (et), n° 876 et suivants.
- Notion, n° 243, n° 245, n° 874, n° 875.

P

Patrimoine d'affectation, voir théorie du...

Préavis (délai du) et score, n° 1072.

Prescripteur et secret professionnel, n° 889 et suivants.

Prescripteur, n° 31, n° 220, n° 223, n° 254, n° 307, n° 374, n° 386, n° 387, n° 392, n° 675, n° 678, n° 888, n° 891, n° 996.

Prescription et intuitus personae, n° 1180.

Prescription (mode), n° 31, n° 32, n° 372, n° 373, n° 387, n° 389, n° 392, n° 891, n° 924, n° 926, n° 953, n° 985, n° 994, n° 996, n° 997, n° 1164, n° 1179, n° 1181

Preuve informatique, n° 1158.

Principe d'adéquation aux finalités recherchées, n° 148, n° 150.

Principe de finalité, voir le terme finalité.

Principe de loyauté, n° 118, n° 141 et suivants.

Principe de proportionnalité (de la loi informatique et libertés), n° 146, n° 152.

Principe de sécurité, n° 111 et n° 167.

Principe de transparence, n° 142 et suivants.

-- Transparence et collecte directe des données, n° 143.

-- Transparence et collecte indirecte des données, n° 144.

Principe d'exactitude, n° 147.

Principe d'humanité des décisions bancaires.

-- Exception, n° 1048.

-- Modes d'évaluation, n° 976 et suivants.

- Score, n° 977 et suivants.
 - Système expert, n° 999 et suivants.
- Preuve de l'intervention humaine, n° 1004 et suivants.

- Preuve de l'usage des traitements type score, n° 1005 et suivants.
- Preuve de l'intervention humaine, n° 1011 et suivants.
- Droit communautaire, n° 1018 et suivants.
 - Philosophie, n° 968 et suivants.
 - Principe, n° 955, n° 957, n° 959, n° 965.
 - Responsabilité bancaire, n° 1165.
- Proportionnalité** (du crédit).
 - Droit au crédit, n° 1064 et n° 1065.
 - Garanties (des), n° 945 et suivants.
 - Mesure, n° 1122 et suivants.
- Particuliers, n° 1124 et suivants.
- Entreprise, 1127 et suivants.
- Responsabilité bancaire, n° 1117 et suivants.
- Principe de proportionnalité et crédit aux entreprises, n° 1119.
- Principe de proportionnalité et crédit aux particuliers, n° 1120.

Prospection commerciale, n° 11, n° 126.

Prudence (devoir de), voir rubrique devoir de prudence.

Publicité légale, n° 55, n° 122 et suivants.

- Caractère, n° 122 et suivants.
- Contenu, n° 124 et suivants.
- Intérêt, n° 126 et suivants.
- Limites, n° 127 et suivants.

Q

Qualités morales du dirigeant, n° 276 et suivants.

R

Raisonnements informatiques, n° 441 et suivants.

Ratios.

- Définition, n° 271.
- Diversité, n° 272 et n° 400.
- Endettement (d'), n° 298 et suivants.
- Limites, n° 407 et n° 408.

Recommandation de la CNIL.

- Déontologie, n° 778.
- Nature juridique, n° 358, n° 726 et suivants.

"Redlining", n° 348.

Refinancement, n° 176, n° 238, n° 525, n° 813, n° 886, n° 916, n° 1102, n° 1167.

Refus d'accès, n° 488 et suivants.

Refus de vente n° 566 et n° 568.

Registre des contrats de crédit-bail immobilier, n° 124.

Registre des nantissements, n° 124.

Registre des privilèges de la sécurité sociale, n° 124.

Registre des protêts, n° 124.

Registre du commerce et des sociétés, n° 124.

Registre du privilège du trésor, n° 124.

Règles prudentielles, n° 374 et suivants, n° 1064.

Relation bancaire.

- Dépersonnalisation (de la), n° 1179 et suivants.
- Droit au crédit, n° 1059, n° 1073 et suivants.

Relations commerciales.

- Secret des affaires (et), n° 681.
- Titrisation (et), n° 887.

Renseignements bancaires, n° 246.

Renseignements commerciaux.

- Atteinte à la réputation, n° 905 à n° 908.
- Entre banques, n° 241 et suivants.
- Entre banques et tiers, n° 248 et suivants, n° 825.
- Score (et), n° 533 et n° 534.

Réputation (atteinte à la).

- Principe, n° 167, n° 281, n° 373, n° 900.
- Preuve, n° 907.

-- Sanctions, n° 901, n° 905, n° 906.

Réseau de neurones, n° 397.

Responsabilité bancaire.

-- Appréciation de la responsabilité, n° 1161 et suivants.

-- Attitude de l'emprunteur, n° 1090.

-- Banquier normalement diligent, n° 1095.

-- État de la jurisprudence, n° 1116 et suivants.

-- Pratique bancaire, n° 1098 et suivants.

- Consultation des fichiers, n° 1101.
- Importance de la cotation Banque de France, n° 1102 et suivants.
- Importance des scores, n° 1115.
- Preuve, n° 1133 et suivants.
- Accès à la motivation, n° 1159 et n° 1160.
- Accès au dossier de crédit, n° 1134 et suivants.
 - Principe, n° 1135.
 - Secret professionnel bancaire, n° 1137 et suivants.

Responsables des données, n° 799 et suivants.

Réticence dolosive, n° 50, n° 222, n° 817, n° 851, n° 857.

Risques de l'entreprise, n° 261 et suivants.

-- Risque écologique, n° 264.

-- Risque particulier à l'entreprise, n° 265 et suivants.

-- Risque professionnel, n° 264.

-- Risques politiques, économiques et sociaux, n° 263.

S

Savoir-faire.

-- Atteinte (risque d'), n° 48 et n° 536.

-- Définition/notion, n° 648 et suivants.

-- Méthode d'évaluation de la dignité de crédit (et), n° 659 et suivants.

-- Segmentation (et), n° 617.

-
- Système expert (et), n° 607.
 - Score.**
 - Appréciation de la responsabilité (et), n° 1159 et suivants.
 - Banque de France (de la).
 - Contestation (droit à la), n° 529 et suivants.
 - Présentation, n° 37, n° 52, n° 404.
 - Responsabilité (appréciation de la), n° 1130 et n° 1168.
 - Comportement (de), n° 316.
 - Confidentialité (du modèle), n° 671 et suivants.
 - Contestation, n° 532 et suivants.
 - Cotation Banque de France (et), n° 38.
 - De fait, n° 287 et n° 309.
 - Droit au crédit, n° 52 et n° 1065.
 - Droit d'auteur, n° 584 et suivants, spécialement n° 609 et suivants.
 - Entreprise (d').
 - Intérêt, n° 406.
 - Limites, n° 407 et suivants.
 - Philosophie, n° 401.
 - Score d'Altman, n° 402.
 - Score de Conan et Holder, n° 403.
 - Exclusion (et), n° 958 et n° 1055.
 - Exercice du discernement (et), n° 1133 et suivants.
 - Formation du consentement (et), n° 50.
 - *Intuitus personae* (et), n° 1175 et suivants.
 - Préacceptation (de), n° 316.
 - Principe d'humanité (et), n° 977 et suivants.
 - Recouvrement (de), n° 316.
 - Savoir-faire, n° 48, n° 659 et suivants.
 - Secret de fabrication, n° 643 et suivants.
 - Secret des affaires, n° 83, n° 635 et suivants.
 - Seuil d'endettement, n° 1126, n° 1128 et n° 1130.
 - Supervision bancaire, n° 39, n° 279 et suivants, n° 374 et suivants.
 - Secret des affaires.**

-- Cause d'exclusion des personnes morales du champ d'application de la loi de 1978, n° 181 et suivants.

-- Contestation (droit à), n° 536, n° 616 et suivants.

-- Notion, n° 623 et suivants.

· Absente de consécration légale, n° 624 à n° 629.

· Absence de définition précise, n° 630 à n° 635.

-- Confrontation au score, n° 635.

-- Critères du score (et), n° 351.

-- Droit de la personnalité (et), n° 625 à n° 627.

-- Informations-résultats (accès aux), n° 677 et suivants.

-- Liberté d'opinion (et), n° 682 et suivants.

-- Principe, n° 168.

-- Protection par les règles du contentieux économique, n° 705 et suivants.

-- Refus d'accès (aux informations traitées), n° 489.

-- Relations commerciales (et), n° 681.

-- Respect/transparence, n° 218.

-- Secret de fabrication, secret industriel, savoir-faire (distinction), n° 637.

-- Secret professionnel bancaire (et), n° 872 et suivants.

-- Transparence (et), n° 618, n° 703, n° 740.

-- Usages bancaires (et), n° 244.

Secret de fabrication et technique des scores, n° 638 et suivants.

-- Application au score, n° 643 et suivants.

-- Consécration légale, n° 640.

-- Définition, n° 639 et suivants.

Secret professionnel bancaire.

-- Applications (diverses), n° 101, n° 111, n° 167, n° 213.

-- Biens informationnels (et théorie des) n° 699.

-- Coopération bancaire, n° 247.

-- Droit à la connaissance et à la contestation (des raisonnements), n° 423, n° 470 et suivants.

-- Informations-résultats (et), n° 865 et suivants.

· Caution (et), n° 882 et suivants.

· Critères d'identification du secret, n° 870 et suivants.

-
- Partenaires commerciaux (prescripteurs), n° 889 et suivants.
 - Partenaires du demandeur de crédit, n° 893 et suivants.
 - Partenaires financiers (de l'établissement de crédit), n° 886 et suivants.
 - Théorie générale du secret que, n° 868 et n° 869.
 - Principe de sécurité et de confidentialité (et), n° 482 et suivants, n° 897 et n° 898.
 - Responsabilité bancaire (et), n° 1137 et suivants.
 - Opposabilité au juge civil.
 - Principe, n° 1137 et n° 1146.
 - Tendance jurisprudentielle et doctrinale, n° 1142 et suivants.
 - Opportunité de la levée du secret, n° 1151 et suivants.
 - Au regard de la règle, « *Nemo tenetur edere contra se* », n° 1152 et suivants.
 - Au regard de la règle, « nul ne peut se constituer une preuve à soi-même », n° 1156 et suivants.
 - Textes, n° 479 et n° 480.
 - Sécurité (principe de)**, n° 471 et suivants, n° 895 et suivants.
 - Segmentation comportementale.**
 - Accès au segment, n° 616, n° 617, n° 679.
 - Contenu, n° 204, n° 449 et n° 450.
 - Définition, n° 43, n° 130, n° 202.
 - Liberté de sélection (et), n° 973.
 - Principe d'humanité (et), n° 991 et n° 992.
 - Respect des principes de la loi de 1978, n° 203.
 - Vie privée (et), n° 203.
 - Sentiment d'engagement**, n° 304 à n° 306, n° 1089.
 - Service public.**
 - Notion, n° 13 et suivants, n° 237, n° 841 et n° 842, n° 945, n° 1053 et suivants.
 - Obligation de motivation (et), n° 572.
 - Sincérité (informations transmises)**, voir les termes documents comptables.
 - Solidarisme contractuel**, voir théorie du...
 - "Standing"**, n° 281.
 - Système expert.**

- Catégorisation (et), n° 522 et n° 524.
- Confidentialité (du modèle), n° 671 et suivants.
- Droit à la connaissance et à la contestation des raisonnements (et), n° 456.
- Droit d'auteur (et), n° 584 et suivants, spécialement n° 605 et suivants.
- Exclusion (et), n° 957.
- Notion, n° 398.
- Principe d'humanité (et), n° 999 et suivants.
- Savoir-faire (et), n° 659 et suivants.
- Secret de fabrique (et), n° 643 et suivants.
- Secret des affaires (et), 635.

T

Taux d'effort (méthode du), n° 298 et n° 299.

Taux d'intérêt (et informations-résultats).

- Devoir de prudence (et), n° 953.
- Fixation, n° 931 et n° 1039.
- Garanties (et), n° 929.
- Intérêt général (protection), n° 922 et n° 923.
- Intérêts privés (des établissements de crédit) n° 917.
- Politique des taux, n° 910 et n° 929.
- Usure, n° 944.

Théorie de l'unité du patrimoine, n° 117.

Théorie des biens informationnels, n° 591, n° 686 et suivants.

- Application aux informations-résultats, n° 691 et suivants.
- Conditions d'application, n° 689 et n° 690.
- Droit d'accès (et), n° 698.
- Fondement théorique, n° 687.
- Secret professionnel (et), n° 699.

Théorie du patrimoine d'affectation, n° 117.

Théorie du solidarisme contractuelle, n° 1078 et suivants.

- Application, n° 1080 et n° 1081.
- Définition, n° 1078.

Titrisation.

- Définition, n° 886.
- Mécanisme, n° 887.
- Secret professionnel bancaire, n° 888.

Transparence.

- Buts protégés.
- Dialogue, n° 527 et n° 528.
- Intérêt général, n° 236 et suivants.
- Intérêts privés, n° 235.
- Définition.
- Juridique, n° 211.
- Littérale, n° 210.
- Déontologie (et), n° 786 à n° 789, n° 809.
 - Fondement, n° 212 et suivants.
- Transparence et confiance, n° 213.
- Transparence et loyauté, n° 212 et suivants.
- Transparence et bonne foi, n° 217.
- Limite, n° 218.
 - Résolution du conflit d'intérêts (relatif à l'application de l'article 3 de la loi de 1978), n° 753 et suivants.
- Intérêt, n° 755.
- Limite, n° 759 et suivants.
- Objet de la transparence, n° 754.
- Secret des affaires (et), n° 618, n° 703, n° 740.

U

Unité du patrimoine, voir théorie de l'...

Usages bancaires, n° 243 et suivants, n° 876 et suivants, n° 1093.

Usure, n° 944.

V

Valeur économique des informations-résultats, n° 58, n° 248, n° 489, n° 588 à 591, n° 667, n° 668, n° 687 et suivants.

Vente à tempérament, n° 259, n° 307, n° 311, n° 985, n° 994, n° 996.

Vérité (manifestation de la), n° 1148, n° 1150 et n° 1155.

Version non confidentielle (et protection du secret des affaires), n° 711, n° 712, n° 716, n° 737, n° 745 et suivants.

Vie privée.

-- Atteinte (à la).

- Preuve, n° 466.
- Protection par l'article 9 du Code civil, n° 904 et n° 966.
- Sanctions, n° 476 et n° 904.
- Bloc-notes (et), n° 205.
 - critères du score (et), n° 346.
 - Informations du compte bancaire (et), n° 201.
 - Nationalité (et critère), n° 359.
 - Personnes morales (et), n° 171 et suivantes.
 - Philosophie de la loi de 1978 (et), n° 965.
 - Principe d'humanité (et), n° 969.
 - Respect, n° 43, n° 101, n° 108, n° 111, n° 116 à n° 118, n° 139, n° 143, n° 150, n° 152, n° 156, n° 163, n° 164.
 - Score (et), n° 172.
 - Secret des affaires (et), n° 626 et n° 741.
 - Secret professionnel bancaire (et), n° 872 et suivants.
 - Segmentation comportementale (et), n° 202.
 - Transparence (et), n° 224.
- Volonté de remboursement**, n° 280, n° 301 et suivants, n° 1089.

W X Y Z

"Würdigkeit (kredit)" , voir le terme kreditwürdigkeit.

Zone de bloc-notes, n° 200 et n° 205.