

Banque

LE RISQUE DE CRÉDIT, CRITÈRE DE LA NOTION D'OPÉRATION DE CRÉDIT EN DROIT FRANÇAIS



**GUILLAUME
ANSALONI**
Docteur en droit
Avocat associé

De Gaulle
Fleurance
& Associés

Pourquoi s'intéresser au critère de l'opération de crédit ? Parce que le législateur ne l'a pas énoncé alors que, paradoxalement, des conséquences juridiques importantes s'attachent à cette qualification. La présente étude, prospective, a pour ambition de proposer le risque de crédit comme critère de l'opération de crédit, en marge l'analyse doctrinale dominante. Une telle opération se caractériserait alors par le fait qu'elle a pour objet la prise d'un risque de crédit.

Lorsque l'on cherche à déterminer quelles opérations entrent ou non dans le champ d'application du monopole bancaire tel qu'il est institué par le droit français¹, on est rapidement en proie à un certain malaise. En effet, on a l'impression de revenir sans cesse sur la même question qui, malgré sa simplicité apparente², laisse transparaître quelque flottement. Pourtant, la question est d'importance puisque la transgression du monopole expose le contrevenant à des sanctions pénales³ et, pour ce qui concerne les entités régulées, à des sanctions disciplinaires⁴.

Une telle incertitude pourrait surprendre, car la règle paraît de prime abord relativement simple. Il est en effet interdit à des entités autres que celles qui ont le statut d'établissement de crédit de réaliser des opérations de crédit à titre onéreux et de manière habituelle⁵. Pourtant, la définition de chacun des éléments constitutifs de cette règle est sujette à discussion et à une interprétation de la part des tribunaux allant au-delà de la lettre du texte, ce qui d'ailleurs n'a pas manqué parfois de surprendre la doctrine, au regard tant du principe de légalité des incriminations que de celui de l'interprétation stricte de la loi pénale⁶. L'appréhension jurisprudentielle de la notion d'opération de crédit, tout comme celle de l'habitude, en témoigne.

Les opérations de crédit sont protéiformes. Derrière la figure classique du prêt, qui a servi de modèle pour la définition juridique de l'opération de crédit⁷, le crédit se révèle au travers de multiples figures juridiques. Le législateur a expressément désigné comme tels les engagements par signature et les opérations de location avec option d'achat, dont le crédit-bail. Mais le crédit existe sous bien d'autres formes. Citons pêle-mêle, à titre d'exemple, l'escompte, les conventions de portage, la vente à crédit, le contrat de réméré, voire la location financière⁸. La jurisprudence, tout comme l'autorité de tutelle semble-t-il, privilégie en somme la substance sur la forme⁹. Mais de quelle substance s'agit-il ? À partir de quel instant une opération juridique peut-elle être considérée comme réalisant un

1. Le terme est quelque peu réducteur, mais il est aujourd'hui communément utilisé pour désigner les restrictions apportées à la réalisation d'opérations de banque dans le dessein de sauvegarder l'intérêt public et non d'octroyer un privilège (sur la question, Thierry Bonneau, « Monopole bancaire et monopole des prestataires de service d'investissement », *Mélanges AEDBF France*, 1997, RB Édition, p. 37).

2. La réponse à la question devrait être simple, puisque le domaine du monopole est circonscrit par les articles L. 511-5, L. 311-1 et L. 313-1 du Code monétaire et financier.

3. Art. L. 571-3 du Code monétaire et financier.

4. Art. L. 612-39 du Code monétaire et financier.

5. Art. L. 511-5 du Code monétaire et financier. Il existe des exceptions à cette interdiction de principe.

6. Nous reviendrons plus loin sur ces aspects.

7. Selon l'article L. 313-1 précité, « constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ».

8. En ce sens, Alain Ghozi, *La Location financière : les liaisons dangereuses*, D. 2012, chron. 2254.

9. Rapp. Jean-Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz, 6^e éd. 1995, n° 389, p. 387, selon lesquels il s'agit avant tout d'une notion économique qui recouvre diverses opérations juridiques ; partant, il faut avant tout considérer le but économique de l'opération.

crédit? Plusieurs critères ont été proposés : celui de l'avance de fonds, celui de la mise à disposition de fonds, ou d'autres encore, sans qu'aucun pourtant n'emporte pleinement la conviction. Il est d'ailleurs curieux d'observer que les cessions de créances, au sein desquelles on peut englober l'escompte – opération de crédit par excellence¹⁰ –, entrent si difficilement dans les critères proposés.

La présente étude vise à montrer que le risque de crédit est le meilleur critère de l'opération de crédit. À cet égard, le risque de crédit peut être simplement défini : c'est le risque pour le financeur de ne pas être remboursé à l'échéance par le débiteur (emprunteur, débiteur cédé, etc.), autrement dit le risque de défaillance de la contrepartie du fournisseur de crédit¹¹. Celui-ci paraîtra d'évidence pour les non-juristes : il s'agit avant tout d'une notion financière¹². Dans une opération de financement, il existe de nombreux risques auxquels le financeur peut être confronté. Par le contrat, celui-ci va faire en sorte d'allouer ces risques à d'autres intervenants pour n'en conserver qu'un, qui lui échoit naturellement, et de le limiter autant que faire se peut : le risque de crédit. Le financement de projet est un exemple frappant de cette démarche d'allocation des risques. Tout l'art du financeur est de limiter autant que possible ce risque de crédit afin qu'il ne se réalise pas ou, qu'en cas de réalisation, il n'en subisse pas les conséquences¹³. Aussi, il nous semble que les opérations de gestion du risque de crédit, telles que la titrisation ou les dérivés, parce qu'elles prennent le risque de crédit pour objet, ont favorisé l'émergence du risque de crédit comme dénominateur commun de l'opération de crédit. Le fait que ces techniques de gestion du risque ne soient apparues que récemment – dans l'histoire de la banque – pourrait expliquer que la notion de risque de crédit soit très largement absente de l'analyse juridique de l'opération de crédit.

On s'essaiera dans un premier temps à démontrer la pertinence de ce critère (I.), avant d'en proposer la contre-épreuve, en anticipant quelques possibles objections (II.).

I. DÉMONSTRATION

Les critères usuellement retenus pour caractériser l'opération de crédit s'articulent autour de la notion de mise à disposition de fonds. Ce critère en appa-

rence simple et précis, révèle pourtant une part d'artifice qui nous conduit à le considérer comme inapproprié (1.). En revanche, celui du risque de crédit permet d'embrasser l'ensemble des opérations que l'intuition conduit à considérer comme réalisant un crédit (2.).

1. Insuffisance des critères classiques

L'article L. 313-1 du Code monétaire et financier commence par définir l'opération de crédit comme celle par laquelle une personne promet à une autre de lui « mettre à disposition » des fonds à titre onéreux. On devine que le législateur a eu en tête le modèle du prêt, où le prêteur met des fonds à disposition de l'emprunteur ; mais immédiatement, le même article L. 313-1 ajoute que sont également des opérations de crédit les engagements par signature, le crédit-bail et autres opérations de location avec option d'achat. On s'est alors ingénié, avec talent, à montrer comment en réalité toutes ces opérations réaliseraient elles aussi une mise à disposition de fonds¹⁴. De là, il s'en est déduit que la mise à disposition de fonds caractériserait l'opération de crédit.

Cette proposition pourrait sembler satisfaisante. Elle aurait l'avantage de rejoindre la théorie de la monnaie selon laquelle « les crédits font les dépôts »¹⁵. Ne nous y trompons pourtant pas : cette théorie ne signifie pas qu'un crédit se traduit toujours par une mise à disposition de fonds. Elle explique plutôt comment le crédit participe de la création monétaire. Lorsqu'une banque prête de l'argent à son client, elle en inscrit le montant au crédit de son compte-courant et crée ce faisant de la monnaie scripturale¹⁶. Mais tout crédit n'a pas cet effet créateur : un engagement par signature ne crée pas de monnaie ; il est seulement mentionné parmi les opérations « hors bilan » de la banque. La contre-épreuve est vraie pour toutes les sociétés de crédit qui ne sont pas habilitées à recevoir des fonds du public : elles sont juridiquement dans l'impossibilité de créer de la monnaie.

D'ailleurs, à bien lire l'article L. 313-1 précité, on constate que la mise à disposition des fonds est un critère parmi d'autres, et qu'il ne suffit pas à embrasser l'ensemble des opérations de crédit. Ainsi, on s'accorde à considérer, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que la cession de créance non échue réalise une opération de crédit¹⁷. On l'explique généralement en

10. Qu'on se rappelle le César Birotteau de Balzac rendant visite à son banquier ! En ce sens, Cass. crim. 6 mai 1964, D. 1965, 468, note Christian Gavalda.

11. Rapp. Albert Salgueiro, *Les Modes d'évaluation de la dignité du crédit d'un emprunteur*, thèse dactyl. Clermont I, 2004, n° 4, p. 3.

12. V. en particulier Arnaud de Servigny et Ivan Zelenko, *Le Risque de crédit*, Dunod, 4^e éd. 2010, préf. Christian de Boissieu, spéc. p. 79 s., selon lesquels le risque de crédit comprend à la fois le risque de défaut et le risque de recouvrement (en cas de défaut), ce que les analystes décomposent. Nous préférons nous en tenir au risque de défaut pour l'analyse juridique, dans la mesure où, comme on le verra, la prise d'un risque de défaut est le dénominateur commun des opérations de crédit, alors que l'on peut supposer qu'un opérateur prenne un risque de recouvrement sans le risque de défaut.

13. Apparaît alors la notion de probabilité de recouvrement en cas de défaut.

14. Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9^e éd. 2011, n° 50 s., p. 44 s. Le critère de la « mise à disposition de fonds » serait plus approprié que celui de l'« avance de fonds » car il peut y avoir des opérations de crédit qui ne donnent lieu à aucun remboursement (ex. l'escompte). V. cependant, Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 8^e éd. 2010 par Jean Stoufflet, n° 35 s., p. 24 s., qui retiennent la notion d'avance comme critère. On observera que la notion d'avance pose une difficulté insoluble dans le cas d'une cession de créance sans recours contre le cédant (v. notre note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2006, JCP Éd. E, 2006, 2698).

15. Christian Ottavj, *Monnaie et financement de l'économie*, Hachette, 4^e éd. 2010, p. 56 s.

16. Ceci permet de comprendre que le contrôle des établissements de crédit a pour fonction d'assurer la protection des épargnants ainsi que d'organiser la politique monétaire.

17. Michel Vasseur, obs. D. 1983, IR 405, et D. 1984, IR 261 ; Jean-Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, précité, n° 389, p. 387 ; Rapport Annuel du CECEI pour l'exercice 2007, p. 25. En ce sens, Cass. crim. 6 mai 1964, D. 1965, 468, note Christian Gavalda ; CE section, 13 mars 1970, n° 72165, JCP

faisant valoir qu'il en est ainsi parce que le cessionnaire de la créance met à disposition du cédant les fonds correspondant au montant de la créance (diminué de sa rémunération) par anticipation eu égard à l'échéance de la créance cédée. Pourtant, on a pu opposer que lorsque la cession porte sur des créances douteuses ou litigieuses, il ne s'agirait plus d'une opération de crédit¹⁸. La distinction devient alors subtile, car il y a dans les deux cas mise à disposition de fonds¹⁹. À l'inverse, il nous paraît difficile d'admettre que le crédit-bailleur met des fonds à la disposition du crédit-preneur, de même qu'une société de caution mutuelle mettrait des fonds à disposition de l'emprunteur²⁰. On perçoit ainsi les limites du critère.

2. Pertinence du critère proposé

Poursuivons sur le cas de la cession de créance. On enseigne généralement que la cession d'une créance échue ne réaliserait pas un crédit puisqu'il n'y aurait pas d'anticipation sur le paiement de la créance. De même, et comme on l'a dit, lorsque la créance pourtant non encore échue est douteuse ou litigieuse, ou bien lorsque la cession de créance s'insère dans une opération de défaisance, il ne s'agirait pas d'un crédit²¹. Alors que la fourniture de crédit ressortit à l'activité de banquier, les autres activités (contentieuses, spéculatives) y seraient étrangères et rien ne justifierait alors qu'elles soient appréhendées par le monopole. On admettra pourtant que la distinction est tenue ; le critère de l'intention spéculative est pour le moins hasardeux. L'usurier ne spéculait-il pas sur la solvabilité de son débiteur²² ? La vérité est que les créances ne sont pas des biens comme les autres. La valeur d'une créance est attachée à la solvabilité du débiteur et à cela uniquement²³. Que le cessionnaire acquière une créance échue ou non échue, douteuse ou non, et quel que soit le mobile de la cession (défaisance ou autre), il prend dans tous les cas un risque de crédit en réalisant l'opération. Et ce risque a un prix²⁴. La distinction entre la cession de créance à titre de crédit et celle réalisée à titre de « simple » cession d'actif ne serait

alors plus qu'une question de degré et non de nature, ce qui rend la distinction pour le moins hasardeuse.

Il nous semble plutôt que la ligne de partage entre les cessions de créances constitutives d'opérations de crédit et les autres réside dans le point de savoir si le cessionnaire prend, ou non, un risque de crédit, i.e. un risque que le débiteur soit dans l'impossibilité de payer à l'échéance. Autrement dit, un risque de défaillance du débiteur. Cette prise de risque est au cœur de l'activité du banquier²⁵. Dans cette perspective, on doit considérer que l'opération de cession n'est pas un crédit lorsque, à la date de l'opération, le risque est réalisé, c'est-à-dire lorsque le débiteur est d'ores et déjà défaillant ou que la survenance de cet événement est inéluctable. Dans ce cas, le cessionnaire prend un risque de non-recouvrement et non pas de crédit. C'est en cela que les cessions de créances contentieuses peuvent être considérées comme hors monopole²⁶.

La notion de risque de crédit n'est que timidement appréhendée par notre droit positif. La seule définition se trouve dans l'annexe III de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 « concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice »²⁷. Selon celle-ci, le « risque de crédit de contrepartie » se définit comme « le risque que la contrepartie à une transaction fasse défaut avant le règlement définitif des flux de trésorerie liés à la transaction ». La place du risque de crédit est pourtant centrale dans la directive. Il est un objet essentiel de la réglementation sur les fonds propres des établissements de crédit. De même, la titrisation est définie par référence à cette notion²⁸.

Dans notre droit interne, la notion est utilisée en tant que telle ou par des expressions approchantes²⁹. En particulier, les dérivés de crédit (*credit default swaps* ou CDS) sont définis comme des opérations permettant de « transférer le risque de crédit » (art. R. 214-193 du Code monétaire et financier)³⁰. Pourtant, il semble bien qu'aucune définition ne soit proposée, sans doute parce qu'elle paraît aller de soi : le risque de crédit, c'est le risque de défaillance. La prise d'un risque de crédit est le métier de « base » (*core business*) des acteurs du marché du crédit. On a peut-être estimé qu'il n'était pas utile d'en préciser le sens.

1970, II, 16417, note Christian Gavalda ; Cass. crim. 20 fév. 1984, Bull. n° 62, RTD Com 1984, 316, obs. Michel Cabrillac et Bernard Teyssié ; CE 8 juillet 1987, n° 47192 ; Versailles 14^e ch., 24 nov. 1989, JCP Éd. E. 1991, I, 91, obs. Christian Gavalda et Jean Stoufflet ; Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2006, précité.

18. Michel Vasseur, obs. précitées au D. 1983, IR 405, et D. 1984, IR 261.

19. Au fond, on peut estimer qu'il en va de même lorsque la cession porte sur une créance échue, puisque le cédant s'épargne les lenteurs du recouvrement et le cessionnaire qui prend la créance à Pescompte met bien des fonds à sa disposition (en ce sens, Michel Vasseur, *passim*).

20. Et de fait, les sociétés de crédit-bail comme les sociétés de caution mutuelle sont des sociétés financières qui ne sont pas habilitées à recevoir des fonds du public donc à créer de la monnaie.

21. En ce sens, Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, précité, n° 37, p. 26.

22. Et donc sur la valeur de l'actif qu'est la créance.

23. Rapp. Philippe Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd. 1998, n° 257, p. 322, à propos du pacte commissaire sur les créances : « si le débiteur de la créance gagée est solvable, qui peut trouver intérêt à acquérir une créance qui vaut... ce qu'on la paie ! si la solvabilité est douteuse, personne n'acceptera de payer la valeur nominale et l'opération deviendra spéculative ».

24. On appelle *spread* la prime de risque comprise dans le taux d'intérêt (Arnaud de Servigny et Ivan Zelenko, *Le Risque de crédit*, précité, p. 109).

25. Encore que le développement actuel du modèle *originate to distribute* conduit à se demander si c'est bien le métier du banquier de demain. Curieusement, le métier traditionnel du banquier consistant à détenir et gérer le risque de crédit pourrait bien être assumé par les *shadow bankers* et dans une certaine mesure également par les banques publiques. V. sur cette évolution, Frédéric Oudéa, « La structure des banques européennes : faut-il remettre en cause le modèle de la banque universelle ? », *Rev. Éco. Fin.* n° 106, juin 2012, spéc. p. 199 ; Dominique Legais, « Vers un retour du service public du crédit ? », *RDBF*, sept.-oct. 2012, Repère 5.

26. Rapp. Michel Vasseur, *passim*. Encore que l'affirmation doit être nuancée pour ce qui concerne les créances qui sont litigieuses parce qu'elles sont contestées. Dans ce cas, il subsiste un risque de crédit toutes les fois que le débiteur n'est pas en défaut.

27. Annexe relative au traitement des opérations dérivées, pensions et prêts de titres.

28. Art. 4 : « 36) "titrisation" : une opération par laquelle, ou un montage par lequel, le risque de crédit associé à une exposition ou à un ensemble d'expositions est subdivisé en tranches, et qui présente les caractéristiques suivantes [...] ».

29. V. par ex. les art. L. 313-6, L. 515-6, L. 613-20-4, R. 214-12 et R. 214-92 du Code monétaire et financier.

30. Sur lesquels, Antoine Gaudemet, *Les Dérivés*, Économica, 2010, préf. Hervé Synvet, n° 60, p. 29.

Ainsi, toute opération consistant en la prise d'un risque de crédit doit selon nous être qualifiée d'opération de crédit. Elle entre dans le champ du monopole lorsqu'elle est effectuée à titre onéreux (i.e. en contrepartie d'une rémunération) et à titre habituel. Il en résulte alors et fort logiquement, que l'affacturage constitue une opération de crédit³¹. De même en est-il des opérations de sous-participation en risque³², des dérivés de crédit³³, de cession de créances à un fonds commun de titrisation, ou encore des opérations de location financière³⁴. La liste n'est pas exhaustive et ne peut l'être. On le voit, le critère que nous proposons permet à la fois d'être précis et conforme à la réalité des choses.

En poursuivant dans cette voie, il est même permis d'avancer que la prise d'un risque de crédit est la prestation caractéristique du fournisseur de crédit³⁵.

II. APPRÉCIATION CRITIQUE

Retenir le critère du risque de crédit pourra sembler critiquable. Notre objectif ici est de poser les bases d'une nouvelle proposition qui présente un double avantage : celle de correspondre exactement au cœur de métier du banquier et de rassembler sous un dénominateur commun l'ensemble des opérations de crédit. On voit alors poindre deux critiques auxquelles il nous semble d'ores et déjà utile de répondre. La première tient au caractère extensif du critère : cela ne conduit-il pas à faire tomber un nombre trop important d'opérations dans le champ de la réglementation du crédit ? (1.). Par ailleurs, le critère de rattachement des opérations de crédit en droit pénal international, qui est classiquement le lieu de mise à disposition des fonds, ne pourrait être utilement suppléé par celui du lieu de la prise de risque de crédit, censément immatériel, ce qui pourrait conduire à une impasse (2.). Répondons à ces possibles objections.

1. Un critère trop large ?

On pourrait objecter que le critère est trop large. Doit-on considérer qu'un opérateur qui consent un délai de paiement à son cocontractant réalise une opération de crédit ? Ainsi, dans une cession de contrôle, la mise en place d'un crédit-vendeur implique nécessairement la prise d'un risque de crédit de la part du vendeur des actions de la cible.

La réponse doit être nuancée. D'abord, il convient de déterminer si l'opération entre dans le champ du monopole bancaire. Il ne suffit pas de constater que

l'opération a pour objet la prise d'un risque de crédit. Il faut encore que cette prise de risque soit rémunérée et qu'elle soit effectuée à titre habituel³⁶. Ensuite, toute opération de crédit au sens de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier n'est pas nécessairement une opération ressortissant au domaine réservé des établissements de crédit. La loi prévoit des exceptions tenant soit à la qualité des personnes qui consentent le crédit (art. L. 511-6 du Code monétaire et financier), soit à la nature des opérations en cause (art. L. 511-7 du même code³⁷). Sans entrer davantage dans le détail, il est permis d'avancer que les exceptions en question sont suffisamment compréhensives pour ne pas remettre en cause la pertinence du critère proposé.

Sur le terrain de la technique juridique, on pourrait considérer qu'une telle proposition prend quelques libertés au regard des principes de légalité criminelle (art. 111-3 al. 1 du Code pénal) et d'interprétation stricte de la loi pénale (art. 111-4 du même code). Cependant, lorsqu'il s'applique au juge, le principe de légalité ne saurait lui interdire de procéder à une interprétation téléologique de la règle, c'est-à-dire de rechercher le but de la loi³⁸. Le principe d'interprétation stricte autorise – et même recommande – une interprétation téléologique plutôt que littérale (l'esprit plutôt que la lettre, donc). C'est d'ailleurs là le sens du droit positif, dont il ressort que le juge n'hésite pas à rechercher le domaine d'application de la règle pénale au-delà de sa lettre³⁹. L'examen de la jurisprudence en matière d'opérations de banque en est un témoignage manifeste.

En réalité, plutôt que de chercher à savoir si le critère n'est pas trop large, c'est la question du domaine réservé des établissements de crédit qui devrait être posée, dans les termes suivants selon nous : est-ce la fourniture de crédit qu'il faut réglementer, ou bien la fourniture de crédit alimentée par la réception des fonds en dépôt ? En effet, c'est la fonction de dépositaire (qui est l'apanage des banques) qui nécessite d'être étroitement encadrée et régulée : il importe de protéger les épargnants et de contrôler la création monétaire⁴⁰ ; cette activité génère un risque de liquidité et de maturité, et elle justifie que les banques ont accès à la monnaie de banque centrale (qui joue le rôle de prêteur en dernier ressort) ainsi qu'à la garantie des dépôts. Mais pour un fournisseur de crédit qui n'a pas cette fonction de dépositaire, l'exposition des tiers est au fond la même que pour toute entreprise non bancaire : ses apporteurs de fonds propres prennent un risque d'actionnaire, et ses fournisseurs de crédit un risque de prêteur. C'est sans doute ce qui explique pourquoi la directive précitée du 14 juin 2006 réserve

31. Lorsqu'il en résulte une opération de cession-escamote.

32. Ce sont en réalité des engagements par signature.

33. *Contra* : Antoine Gaudemet, *Les Dérivés*, précité, n° 206, p. 98 (reconnaissant cependant que le problème ne se pose pas en droit positif puisqu'il a été anticipé par le législateur au titre des opérations dérogeant au monopole à l'art. 511-6 CMF).

34. En ce sens, v. Alain Ghozi, article précité.

35. Sur l'utilité de la prestation caractéristique en droit positif, Marie-Élodie Ancel, *La Prestation caractéristique du contrat*, *Économica*, 2002, préface Laurent Aynès.

36. Ainsi, il nous semble qu'un délai de paiement accordé sans contrepartie ne peut entrer dans le champ du monopole bancaire.

37. Les délais de paiement sont la première série d'exceptions mentionnée.

38. Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, tome I, Cujas 7^e éd. 2000, n° 158, p. 234.

39. *Ibid.*, n° 177, p. 255. *Rapp. Cass. crim.* 21 janv. 1969, *Bull.* n° 38 « en recherchant l'objet de la loi et son domaine d'application, [les juges d'appel] n'ont en rien violé les principes visés au moyen » (i.e. d'interprétation stricte).

40. Dans le même sens, Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, précité, n° 117, p. 88.

la qualification d'établissement de crédit aux entreprises qui, non seulement fournissent du crédit, mais encore ont cette fonction de dépositaire qui est leur domaine réservé⁴¹. À partir du moment où l'équilibre entre l'offre et la demande de crédit est abandonné au marché, il est permis de se demander s'il est opportun de réserver la fonction de fournisseur de crédit aux seuls établissements de crédit. Mais il s'agit là d'une question de politique juridique.

2. Un critère inapproprié ?

On pourrait reprocher au critère proposé de révéler son impropriété lorsque l'opération de crédit revêt un caractère international. On sait que l'appréhension du contour du monopole bancaire est particulièrement délicate au regard des principes du droit pénal international⁴². Notre droit pénal et les tribunaux répressifs français sont compétents pour toute infraction commise sur le territoire français (compétence territoriale). En vertu de l'article 113-2 du Code pénal, « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire »⁴³. Toute la difficulté consiste alors à localiser l'opération de crédit. La doctrine et la pratique se sont très largement ralliées à la proposition consistant à retenir le lieu de la prestation caractéristique, c'est-à-dire le lieu où les fonds sont mis à disposition, comme critère unique⁴⁴.

À ce jour, cette proposition n'a cependant pas été accueillie par les tribunaux français⁴⁵. Plusieurs raisons permettent de le comprendre. D'abord, l'article 113-2 permet de localiser une infraction en France dès lors qu'un seul de ses actes constitutifs est localisé en France. L'infraction peut donc être réalisée en France alors que les éléments matériels sont localisés dans plusieurs États. Ensuite, on constate qu'en matière de cyberdélinquance la jurisprudence s'attache à déterminer le « marché » protégé pour déterminer si l'acte litigieux y porte atteinte⁴⁶. Cette théorie de la « focalisation »⁴⁷ pourrait être utilement transposée à la question du monopole bancaire. Comme on l'a justement fait observer, le marché français des opérations de crédit

est une sorte de « club » dont l'accès est réservé à ceux qui satisfont aux contraintes posées par le législateur et qui ont reçu un agrément de la part de l'autorité de tutelle⁴⁸. Afin que le jeu de la concurrence ne soit pas faussé, il convient d'en interdire l'accès à ceux qui n'en remplissent pas les conditions (et qui n'en subissent pas les contraintes). La méthode du faisceau d'indices doit permettre de déterminer s'il y a ou non intrusion sur le marché considéré. Retenir cette approche ne serait d'ailleurs pas incohérent au regard de l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'habitude. On sait qu'une opération de crédit (par hypothèse effectuée à titre onéreux) n'entre dans le champ du monopole que si elle est réalisée « à titre habituel ». Lorsque l'on doit préciser ce que cette notion recouvre, il est à première vue délicat de prendre position à l'examen du droit positif. Il semble pourtant que la jurisprudence a préféré la rattacher à la notion de « profession habituelle »⁴⁹, qui était le critère distinctif antérieur à la loi bancaire du 24 janvier 1984, plutôt qu'à la notion d'infraction d'habitude⁵⁰. On comprend ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation s'attache à rechercher si le fournisseur de crédit s'est comporté à l'égard des tiers comme un acteur professionnel, ce qui en réalité paraît conforme à l'esprit des textes⁵¹. Dès lors, la répétition de l'infraction n'est qu'un indice de ce comportement ; mais elle ne suffit pas à dresser la ligne de partage⁵².

C'est finalement le critère unique de la mise à disposition de fonds (qui au demeurant favoriserait le *law shopping*) qui ne paraît pas approprié. L'abandon de ce critère pour la caractérisation de l'opération de crédit sera donc sans incidence au regard des contraintes du droit pénal international.

En somme, rien ne s'oppose à ce que le risque de crédit puisse être traité comme le critère de l'opération de crédit. Dès lors qu'un opérateur prend un risque de crédit et qu'il se fait rémunérer pour ce service, il consent un crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier. Et pour peu qu'il le fasse à titre habituel, l'opération entre alors dans le champ du monopole bancaire. ■

41. Art. 4, 1^o et 5 Dir. 2006/48/CE.

42. Art. 113-2 du Code pénal.

43. Sur ce texte, v. Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, tome I, précité, n° 293 s., p. 395 s. ; Alain Fournier et Delphine Brach-Thiel, *Rép. Dalloz Int.*, V° « Compétence internationale » (2003), n° 116 s.

44. En ce sens, Jean Stoufflet et Jean-Pierre Durox, « Participation d'un organisme financier étranger à un crédit ouvert en France », *Mélanges AEDBF France IV*, RB Édition, 2004, p. 365 ; Christian Gavaldà et Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, précité, n° 54, p. 37 ; Jean L'Homme et Christophe Caffard, « Considérations sur le monopole bancaire », *Banque Mag.* 662/2004, p. 37 ; Jean-François Adelle, « Le monopole bancaire constitue-t-il une restriction excessive aux crédits syndiqués en France ? », *RDBF*, mars-avril 2006, Étude 6, Rapp. déjà, Jean Stoufflet, *Le Monopole des banques quant à la réception des fonds en dépôt*, Études Henry Cabrillac, 1968, p. 437 s.

45. En ce sens, par ex. : Cass. crim. 28 nov. 1996, Bull. n° 437 ; Cass. com. 4 juin 2002, JCP Éd. E. 2002, 396, n° 2, obs. Jean Stoufflet ; Cass. com. 7 janv. 2004, n° 01-02481, RDBF, mars-avril 2004, n° 54, p. 88.

46. V. par ex., Cass. crim. 14 déc. 2010, *Rev. sc. crim.* 2011, p. 651, obs. Jacques Francillon (et les obs.).

47. Rapp. également, David Chilstein, *Droit pénal international et lois de police*, Dalloz, 2003, préface Pierre Mayer, n° 560 s., p. 314 s., qui considère que certaines infractions « économiques » n'ont de sens qu'au regard d'un marché.

48. Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, précité, n° 122, p. 90.

49. Sur laquelle, v. Henry Cabrillac, « La réglementation et l'organisation de la profession bancaire et des professions touchant au crédit et au marché financier », *JCP* 1941, Étude 235, n° 18.

50. En ce sens, Bruno Dondero, note sous Cass. crim. 3 déc. 2002, *JCP Éd. E.* 2003, 853.

51. L'art L. 511-1 du Code monétaire et financier utilise d'ailleurs le terme de « profession habituelle » ce qui laisse à penser que les deux notions sont interchangeables. Rapp. Christian Gavaldà et Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, précité, n° 54, p. 37 : « est illicite et sanctionné comme immixtion dans la sphère d'activité réservée aux établissements de crédit l'accomplissement, autre qu'occasionnel, d'opérations de banque par une personne non titulaire d'un agrément ».

52. Ce qui expliquerait qu'une banque étrangère, intervenant sur le marché français, soit considérée comme réalisant des opérations de crédit à titre habituel alors qu'elle n'a pourtant réalisé qu'une seule opération sur le territoire français (Cass. com. 7 janv. 2004, n° 01-02481, RDBF mars-avr. 2004, p. 88 obs. Francis Crédot et Yves Gérard).