



La notion d'établissement de crédit



NICOLAS
MATHEY

Professeur

Université Paris
Descartes

Membre du
CEDAG

Directeur du M2
Droit & gestion
bancaire de
patrimoine

L'unification de la notion d'établissement de crédit a été un des principaux apports de la loi de 1984 ; pourtant, cette définition n'était pas totalement cohérente avec la finalité économique des banques et surtout, elle s'éloignait de la définition communautaire d'établissement de crédit, distorsion corrigée par la réforme bancaire de l'été 2013.

La loi du 24 janvier 1984 a eu le grand mérite de fournir une structure renouvelée, modernisée et unifiée à l'activité bancaire. Il n'était certainement pas évident à l'époque qu'il s'agissait là d'une réforme profonde du secteur : ni la doctrine, ni le ministre des finances M. Delors, sans doute pour des raisons différentes, n'ont voulu y voir une grande loi¹. La portée réelle de la réforme et sa pérennité devraient étonner celui qui jette un regard rétrospectif sur les trente années écoulées, car elle a été réellement structurante, sans pour autant créer de rigidités excessives.

L'unification de la notion d'établissement de crédit a sans doute été un facteur important du succès durable de la loi. La définition retenue n'était pourtant pas parfaite. Célébrer l'anniversaire de la loi n'implique pas d'ignorer les imperfections. Cela peut être surtout l'occasion de revenir sur une notion centrale qui contribue à la définition même du droit bancaire : la notion d'établissement de crédit.

Partant de la définition des établissements de crédit, et de la banque, adoptée en 1984, l'objectif est ici d'arriver à la définition actuelle résultant de la nouvelle législation issue de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, adoptée notamment sous l'influence communautaire. Chemin faisant, il faudra tenter de montrer que cette définition met davantage en valeur la fonction économique essentielle de la banque,

ce qui favorise la cohérence de la législation bancaire qui retrouve un objet plus proche de ce qu'on appelle, non sans ambiguïté il est vrai, la réalité économique.

Dans un premier temps, il conviendra de revenir aux sources en étudiant la tentative de définition unifiée du législateur de 1984. Dans un second temps, il faudra alors tenter de montrer que la redéfinition de la notion était devenue nécessaire pour réduire les distorsions qui subsistaient après la réforme de 1984.

I. DÉFINITION LÉGALE UNIFIÉE DE LA NOTION D'ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT

« Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque.

Les opérations de banques comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement ».

« Personne ne demande la parole ? Je mets aux voix l'article 1^{er}. (L'article 1^{er} est adopté) ».

C'est ainsi que le texte définissant la notion d'établissement de crédit a été étudié et adopté lors de la présentation du projet de loi au Sénat. Les débats ont été un peu plus substantiels à l'Assemblée nationale mais sans que la discussion ne porte sur le cœur de la définition. Cela ne signifie pas que cette partie de la loi présente peu d'intérêts, bien au contraire. La construction d'une notion unifiée d'établissement de crédit est l'une des innovations les plus marquantes de la réforme ; ce qui justifie une étude particulière de la question. Pour l'essentiel, dans la loi de 1984, la notion d'établissement de crédit est construite autour de deux idées : un établissement de crédit exerce la profession bancaire (1.) et accomplit des opérations de banque (2.). La redéfinition de la notion en 2013 ne remet pas fondamentalement en cause cette observation même si l'importance de la notion d'opération de banque doit être sérieusement réévaluée.

1. La profession bancaire

Un droit construit autour d'une profession. Le droit bancaire est une branche du droit construite autour d'une profession : la profession bancaire. Cette référence n'a rien d'exceptionnel en droit des affaires. La notion de

1. V. l'analyse réservée de C. Gavalda et J. Stofflet, « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », JCP G 1985, 3176.

profession suppose traditionnellement l'exercice d'une activité, commerciale par nature, source de revenus. Plus fondamentalement, la référence à la profession laisse transparaitre également le professionnel : le banquier. Banque et banquiers, secteur bancaire et professionnel de la banque sont quasiment coextensifs². À vrai dire, la loi de 1984 n'a pas réellement innové sur ce point. C'était un trait caractéristique de l'acte dit loi de 1941 et sans doute du droit bancaire depuis son origine. L'idée d'un droit professionnel est ancienne en matière bancaire et elle ne surprend plus personne. Peut-être, d'ailleurs, est-ce regrettable. En effet, le particularisme d'un droit professionnel, sans pour autant être corporatiste, comme le droit bancaire, tend parfois à être méconnu alors qu'il pourrait être une source stimulante de réflexions.

Une profession unifiée. Ceci dit, il faut bien rappeler que la première véritable innovation de la loi de 1984 fut de créer une notion générale d'établissement de crédit qui a permis l'unification d'une profession qui était restée éclatée jusqu'alors. À la réflexion, cette innovation doit être bien comprise. En effet, un retour au texte de 1941 fait apparaître que cette unification était un objectif déjà ancien du législateur français. Cependant, ce projet avait été rapidement remis en cause par la loi du 2 décembre 1945 qui, tout en maintenant apparemment l'essentiel de l'acte dit loi de 1941, avait créé trois catégories d'établissements (banque de dépôt, banque d'affaire et banque de crédit à moyen et long terme), brisant ainsi l'unité initiale.

La pratique avait fait le reste. L'inventivité des banquiers avait entraîné une diversification des établissements et des pratiques. À la veille de la loi bancaire de 1984, seuls 40 % des établissements financiers étaient soumis au statut bancaire. La réforme dite Debré-Haberer en 1966 avait bien tenté de revenir sur cette spécialisation des établissements qui faisait du secteur bancaire un monde éclaté. Un décret n° 66-81 du 25 janvier 1966 a ainsi supprimé la classification répartissant les établissements en trois catégories³. Malgré son importance, parfois méconnue aujourd'hui, cette première réforme n'avait finalement eu qu'une portée limitée.

En créant une catégorie unifiée d'établissement de crédit la loi de 1984 a posé les fondations juridiques d'un secteur bancaire modernisé et, dans le même temps, construit un objet renouvelé pour le droit bancaire⁴. Là où les textes et la pratique tendaient à parler le plus souvent de banques, le législateur a choisi de rassembler sous une nouvelle rubrique les banques, les banques mutualistes et coopératives mais aussi les établissements financiers désignés alors, pour l'essentiel, sous le nom de sociétés financières. Par cette redéfinition juridique des acteurs, le droit tend à redéfinir dans un même mouvement le secteur bancaire.

Une profession diversifiée. Si la profession est unifiée, elle n'est pas pour autant uniformisée ; la diversité subsiste sous la notion très compréhensive d'établissement de crédit. Le secteur public bien entendu formait en 1984 un ensemble très particulier alimentant les réflexions sur une éventuelle reconnaissance de la banque comme service public. Mais c'est surtout le secteur mutualiste et coopératif, resté largement privé, qui se voyait mis en avant notamment avec son organisation originale donnant un rôle très particulier à des organes centraux. Les débats parlementaires gardent la trace de ce souci de conserver le particularisme du secteur mutualiste, dont on sait qu'il a toutefois été bien mis à l'épreuve par la suite.

La spécificité des banques parmi les établissements de crédit. Par ailleurs, il faut bien avoir à l'esprit que la catégorie unifiée d'établissement de crédit comprenait deux sous-ensembles assez différents : les banques, et les établissements assimilés (banques mutualistes et coopératives, à la spécificité conservée à l'époque, et caisses de crédit municipal) et les sociétés financières, sans parler des institutions financières spécialisées.

Dès lors, se posait la question de savoir ce qui constituait la spécificité des banques parmi les établissements de crédit suivant la loi bancaire de 1984. Le législateur n'a pas vraiment précisé la notion ; il a préféré se placer sur le terrain du régime : définir la banque par les opérations qu'elle seule peut réaliser. En effet, dans la loi du 24 janvier 1984, la banque était l'établissement de crédit qui pouvait effectuer toutes les opérations de banques (art. 18, al. 3) alors que les sociétés financières, quant à elles, ne pouvaient effectuer que les opérations résultant de leur agrément ou de leur statut légal ou réglementaire. Cette universalité de la banque se trouvait particulièrement mise en évidence par la reconnaissance d'un monopole spécial au profit des banques et établissements assimilés : elles étaient en effet les « seules habilitées d'une façon générale à recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme » (art. 18, al. 2). On percevait, de manière implicite bien évidemment, que la banque avait par nature vocation à recevoir des fonds à vue du public et à consentir des crédits ; autrement dit elle pratiquait une forme particulière d'intermédiation financière. Dire cela, c'est déjà aborder la question de la définition des opérations de banque.

2. Les opérations de banque

La seconde particularité de la loi de 1984 est de donner une liste des opérations de banques et de définir chacune d'elles. La banque et le droit bancaire qui prend l'entreprise bancaire comme objet se définissent ainsi non seulement par référence à une profession mais aussi par référence aux opérations accomplies par les professionnels. L'article 1^{er} de la loi Delors disposait ainsi que « [l]es opérations de banques comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement ». Le texte a été repris lors de la rédaction du Code monétaire et financier. Aujourd'hui, l'article L. 311-1, modifié, dispose que les opérations de banque comprennent la réception de

2. V. M.-A. Frison-Roche, *La Convergence du droit et de l'économie sur le secteur bancaire : les banques entre droit et économie*, ouvrage collectif, LGDJ 2006, p. 23, n° 53.

3. V. J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, *Droit de la régulation bancaire*, préf. de C. Noyer, RB Éd., 2012, n° 67.

4. V. M.-A. Frison-Roche, art. précité, sur le rapport du droit et de l'économie dans la définition de l'objet bancaire.



fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement.

Réception de fonds du public. La première des opérations de banque est la réception de fonds du public. Aux termes de l'article 2 de la loi du 24 janvier 1984, « [s]ont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer ». Cette définition est très large ; tellement large, que le législateur a dû la compléter par une série d'exceptions suivant une méthode qui était analogue à celle du texte de 1941 mais qui n'emporte pas tout à fait la conviction⁵. La démarche est restée identique jusqu'à aujourd'hui. Sur le fond, la modification introduite par la loi de juillet 2013 est limitée : elle consiste à viser désormais « les fonds remboursables du public » conformément à la terminologie communautaire (C. monét. fin., art. L. 312-2 et not. Dir. 2013/36/UE du 26 juin 2013, cons. 14 et art. 9 et Rgl. 575/2013 du 26 juin 2013, art. 4). Plus fondamentalement, on constate que la réception de fonds remboursables du public est au cœur de l'activité bancaire. En effet, elle est le point de départ de l'intermédiation : c'est notamment grâce aux fonds déposés auprès de lui par les détenteurs de liquidité, qu'un établissement de crédit peut consentir des crédits à ceux qui ont besoin de liquidité. Traditionnellement, cette opération était réservée aux banques, au sens large, et reste le monopole des établissements de crédit depuis la réforme de 2013 : les sociétés financières, hier, et les sociétés de financement, aujourd'hui, ne peuvent pas recevoir de tels fonds remboursables du public.

Opérations de crédit. Pour la première fois, en 1984, la loi a fourni une définition de la notion d'opération de crédit. L'article 3 de la loi, repris dans le Code monétaire et financier, disposait que « [c]onstitue une opération de crédit pour l'application de la présente loi tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à disposition d'une autre ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie » (al. 1^{er}). L'alinéa 2 poursuivait : « Sont assimilés à des opérations de crédits le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ». À l'exception de la précision « pour l'application de la présente loi », disparue lors de la codification, la définition n'a pas été modifiée. Le crédit pouvait être pratiqué tant par les banques et établissements assimilés que par les sociétés financières. Toutefois, il prend une figure particulière lorsqu'il est consenti par un établissement recevant des fonds du public car il s'agit alors d'une forme particulière d'intermédiation, présentant des risques spécifiques, notamment en termes de liquidité. L'énumération légale ne faisait cependant pas apparaître cette spécificité⁶.

Mise à disposition et gestion de moyens de paiement. La loi de 1984 ajoutait une troisième opération aux deux

premières : la mise à disposition et la gestion de moyens de paiement. Cette notion supposait que la notion même de moyen de paiement soit définie. Aux termes de l'article 4 de la loi bancaire sont considérés comme des moyens de paiement tous les instruments, qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds. La définition a été reprise sous une forme un peu différente à l'article L. 311-3 du Code monétaire et financier : « Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments qui permettent à toute personne de transférer des fonds, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé. »

L'intégration de la mise à disposition et de la gestion des moyens de paiement dans le champ des opérations de banque a été conçue comme une innovation qui permettait d'en préparer d'autres. Les travaux parlementaires insistaient beaucoup sur l'importance prise par les moyens de paiement dans l'activité bancaire et notamment, à l'époque, par le chèque. On relèvera également les nombreux développements, parfois proches de la polémique, faisant référence à la politique monétaire bien que le ministre M. Delors ait régulièrement rappelé que la loi qu'il proposait n'était pas une loi relative aux instruments monétaires⁷.

Le but de la loi de 1984 dans ce domaine était d'instaurer un cadre assez souple pour accueillir les évolutions que pressentait le législateur. L'histoire a confirmé ce diagnostic même s'il faut reconnaître que l'élaboration d'un droit des services de paiement et la création d'un marché unique des services de paiement ont été plus lentes qu'on pouvait le souhaiter. L'évolution des services de paiement a toutefois conduit à faire sortir, pour l'essentiel, les services de paiement du monopole bancaire. Ils font désormais l'objet d'une législation particulière d'inspiration communautaire⁸ : une nouvelle catégorie d'établissements a été créée, bénéficiant d'un domaine réservé et soumis à une supervision spécifique.

Depuis 1984, la modification la plus importante tient peut-être moins à l'évolution de la liste elle-même qu'à sa portée dans la définition de la notion même d'établissement de crédit qui permet de résoudre les distorsions nées des imperfections de la définition de 1984.

II. LA RÉOLUTION DES DISTORSIONS PROVOQUÉES PAR LA DÉFINITION LÉGALE

La définition de 1984 était une innovation utile pour redéfinir le secteur bancaire et, dans un même mouvement, le droit appelé à le réguler. Elle n'était pourtant pas dénuée d'imperfections dans la mesure où la définition légale n'était pas tout à fait cohérente avec

5. V. not. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 10^e éd., Montchrestien 2013, n° 53.

6. V. *infra* II, 1.

7. V. not. Sénat 3 novembre 1983, JO 1983, p. 2558.

8. Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur transposée par l'Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement.

la finalité économique des établissements de crédit et spécialement des banques (1.). En outre, elle s'éloignait de la définition communautaire de la notion d'établissement de crédit (2.).

1. La fonction économique de la banque

La question doit ici être abordée non seulement sous un angle juridique mais aussi économique. Pour faire simple, la question est de savoir ce qui fait la spécificité des établissements de crédit afin de voir si la définition légale en rend compte de manière juste.

1.1. L'analyse économique de l'intermédiation financière

De manière simplifiée, la question serait ici de savoir pourquoi les détenteurs de monnaie préfèrent déposer leurs actifs auprès d'un établissement bancaire au lieu de prêter directement aux personnes à la recherche de crédit? Lorsque les économistes s'interrogent sur la raison d'être des banques, ils considèrent souvent que l'existence des banques peut s'expliquer par la réduction des coûts de transaction rendue possibles grâce à l'intermédiation mais aussi pour une large part par l'existence d'asymétries d'information.

Une première réponse a été trouvée dans l'analyse des coûts de transaction⁹. Les coûts de transaction sont les coûts liés à un échange économique sur un marché. Ces coûts pouvant s'avérer importants pour des opérations réalisées sur le marché, les agents économiques sont amenés à mettre en place des institutions qui leur permettent de les réduire autant que possible¹⁰. L'intermédiation bancaire serait ainsi un moyen de réduire les coûts de transaction suscités par les échanges entre détenteurs de liquidité (dépositaires) et personnes ayant des besoins de liquidité (emprunteurs). Elle s'expliquerait ainsi par une réduction des coûts de transaction rendue possible par l'intervention d'établissements spécialisés. Les banques seraient plus efficaces dans la collecte des dépôts et la distribution du crédit que le marché imposant un face-à-face entre détenteurs de liquidités et emprunteurs potentiels. Il serait trop coûteux pour un individu de conclure un contrat de prêt, d'en surveiller l'exécution voire d'en renégocier les termes. Les établissements de crédit bénéficieraient notamment d'économies d'échelle dans cette activité supplanteraient avantageusement le marché.

Cette explication est intéressante mais est apparue insuffisante, notamment parce qu'il n'était pas évident que les coûts de transaction soient effectivement d'une telle importance qu'elle implique l'intermédiation. Elle a donc été complétée par une seconde approche en termes d'asymétrie d'informations : la banque permet de réduire les risques liés à un déséquilibre dans

la répartition de l'information entre le prêteur et l'emprunteur. L'analyse a été complétée par la suite en intégrant les notions d'information et d'asymétrie d'information. Celles-ci apparaissent lorsque, dans le cadre d'un échange sur un marché, une personne détient une information pertinente inconnue des autres participants à l'échange. Il est possible de voir dans l'intermédiation bancaire une activité de transformation et d'assurance de liquidité permettant une réduction des risques liés à une répartition inégale de l'information entre les opérateurs. La banque crée des actifs peu liquides (ses créances sur les emprunteurs) et émet une dette liquide (sa dette à l'égard des déposants). Autrement dit, elle transforme un actif peu liquide en passif liquide, en assurant précisément cette liquidité aux déposants. L'intermédiation bancaire fonctionne donc comme une assurance de liquidité au bénéfice des clients de la banque qui sont autorisés, en principe, à retirer leur dépôt à tout moment¹¹. La situation du banquier-prêteur lui permet, en outre, d'avoir accès à des informations, sur la solvabilité de l'emprunteur notamment, qu'un prêteur ordinaire ne pourrait pas collecter sans exposer des coûts exorbitants.

Cette approche économique de l'intermédiation bancaire met en évidence au cœur de l'activité bancaire le lien indivisible entre collecte des dépôts et distribution de crédit. Si la première fonction des banques est la réception de fonds du public à charge de restitution, la particularité de ces établissements n'est pas épuisée par cette mission. La banque est un intermédiaire financier qui consent des crédits en particulier avec les dépôts collectés. Or, ici, il faut bien reconnaître que cela ressortait plus clairement de la définition communautaire de l'établissement de crédit, dès 1977, que de la formule retenue par la loi de 1984¹². Le principe même de l'intermédiation pose une question fondamentale davantage d'ordre économique que juridique¹³, mais la réponse est finalement autant juridique qu'économique : elle suppose une construction juridique fondée sur ce qu'on appelle la réalité économique, qui est toujours en partie une construction de la pensée. La recherche d'une plus grande cohérence entre le droit et l'économie en la matière peut légitimement être considérée comme souhaitable.

1.2. La description légale de l'établissement de crédit

L'article 1^{er} de la loi de 1984 énonçait que « [l]es établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque ». Il suffisait donc d'accomplir à titre de profession habituelle l'une des trois opérations de banque énumérées ensuite par le texte pour entrer dans la catégorie des établissements de crédit¹⁴. Cette définition rompait avec celle adoptée à

9. V. S. Diatkine, « Néoinstitutionnalisme et théorie contemporaine de l'intermédiation financière », *Rev. fr. éco.* 1993, p. 205, spéc. p. 210-212.

10. L'économie des coûts de transaction a été développée par R. Coase et par l'économie néo-institutionnelle d'O.E. Williamson. – V. not. R. Coase, « La nature de la firme », *Rev. Fr. Économie*, 1987, p. 133.

11. D. W. Diamond et Ph. H. Dybvig, « Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity », *Journal of Political Economy* 1983, p. 401.

12. Comp. art. 4.1 Dir. 2006/48 et L. 311-1 du Code monétaire et financier.

13. V. L. Scialom, *Économie bancaire*, La découverte 2013, p. 41 et s.

14. V. dans ce hors-série la contribution de T. Samin, « Brèves réflexions sur le monopole bancaire (1984-2014) », p. 14.



L'article 1^{er} de l'acte dit loi de 1941, qui disposait que sont considérés comme banques, les entreprises ou établissements qui font profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôt ou autrement, des fonds qu'ils emploient pour leur propre compte, en opérations d'escompte, en opérations de crédit ou en opérations financières. Ce texte a été très contesté, et pas seulement en raison des circonstances de son adoption, mais il faut reconnaître que cette définition laissait apparaître plus clairement le lien entre collecte de liquidités et crédit que la définition retenue en 1984.

La nouvelle définition de la notion d'établissement de crédit, issue de la loi du 26 juillet 2013 revient finalement à une approche plus cohérente avec la fonction économique de la banque. L'article L. 511-1 nouveau du Code monétaire et financier, modifié par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 (art. 4) dispose en effet désormais que « [l]es établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1 ». On constate, au passage, que la définition de la notion d'établissement de crédit ne fait plus référence à la notion d'opération de banque. Certes, elle intègre directement les deux opérations fondamentales que sont la réception de fonds remboursables et l'octroi de crédit, mais la notion même d'opération de banque a disparu de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier¹⁵.

En reliant expressément collecte des dépôts et octroi de crédit, le nouvel article L. 511-1 du Code monétaire et financier ajuste la définition légale à ce que l'analyse économique, et avant elle l'histoire de la banque, fait apparaître comme constituant le cœur de l'activité bancaire. S'il est vrai que la notion même de réalité économique n'est pas dépourvue d'ambiguïtés, le juriste comme l'économiste devraient être satisfaits d'un meilleur ajustement des analyses juridiques et économiques dans un secteur où les deux sont plus imbriqués que nulle part ailleurs. Ainsi que le relève justement Mme Frison-Roche, « plus l'objet même est économique, et plus l'on passe d'un simple éclairage par l'analyse économique à une compréhension à l'intérieur de l'objet parce qu'il y a homologie entre l'objet et l'instrument d'analyse... Dès lors, ne pas intégrer l'économie dans l'analyse, ce n'est pas se priver d'un angle de pertinence, c'est maltraiter l'objet même, et dès lors mal le réglementer, mal le juger, bref construire un droit inadéquat »¹⁶. Bien entendu, cela ne devrait pas fermer la voie d'une approche plus critique de la construction intellectuelle que constitue ladite réalité économique quant aux enjeux de la régulation du secteur, bien au contraire. Ce serait toutefois une question bien trop vaste à aborder ici ; il faudra se contenter pour achever cette réflexion sur la postérité de la loi de 1984 d'observer comment les réformes récentes ont impliqué une restructuration de la notion d'établissement de crédit.

15. V. Th. Bonneau, « La réforme des établissements de crédit – Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 », *JCP E* 2013, 1249, spéc. n° 8.

16. M.-A. Frison-Roche, art. précité, spéc. n° 41.

2. La régulation rénovée du secteur bancaire

La réforme de l'été 2013 permet en outre de réduire les distorsions internes au droit en mettant en cohérence notre définition nationale et la définition communautaire. Cela implique une nouvelle classification des établissements financiers.

2.1. Droit national et droit communautaire

Chacun se souvient de la regrettable distorsion que la définition large de 1984 avait introduite entre notre droit national et le droit communautaire. Depuis la première directive bancaire de 1977, la notion d'établissement de crédit est restée stable : « Au sens de la présente directive, on entend par établissement de crédit une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte »¹⁷. Cette distorsion était apparue au grand jour notamment à l'occasion des litiges relatifs à la validité des contrats de prêt conclus auprès d'entreprises communautaires qui ne répondaient pas à notre définition nationale de l'établissement de crédit. Ces prêteurs, belges et allemands notamment, n'étaient soumis à un aucun agrément dans leur pays d'origine mais se sont vus reprocher ce défaut d'agrément devant nos juridictions nationales. De manière générale, l'exercice des libertés communautaires s'en trouvait quelque peu compliqué¹⁸.

Deux remarques sur cette distorsion et sa résolution s'imposent ici. D'une part, la lecture des travaux préparatoires de la loi de 1984 suscite l'étonnement : le droit communautaire en est très largement absent lorsqu'il s'agit de définir la notion d'établissement de crédit. Il n'est pas totalement ignoré ; M. Jacques Delors notamment y fait allusion ici ou là mais ce n'est jamais un élément décisif ou même important de l'argumentation. À aucun moment, les conséquences du choix législatif opéré ne sont appréciées à l'aune du droit communautaire. Il était en revanche régulièrement convoqué en matière d'agrément par exemple. D'autre part, la différence de définition n'était pas en soi contraire au droit communautaire dans la mesure où la définition communautaire était formulée dans une directive et non dans un règlement comme c'est le cas désormais¹⁹. Le basculement de la définition vers le règlement prive en effet les États membres de la faculté d'étendre la notion d'établissement de crédit au-delà du cercle tracé par le droit communautaire.

17. Dir. 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, art. 1^{er}.

18. V. sur la question de la validité des contrats conclus avec les établissements non agréés mais entrant dans la définition nationale d'établissement de crédit : Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725 ; *JCP G* 2005, II, 10062, concl. A.-G. de Gouttes ; *JCP E* 2005, II, 690, note Th. Bonneau ; D. 2005, 836, obs. X. Delpech ; *RD bancaire et fin.* 2005, comm. 118, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard. – D. 2006, p. 155, obs. D.R. Martin et H. Synvet. – V. également J. Stoufflet, « Le défaut d'agrément bancaire n'entraîne pas la nullité des contrats conclus », *RD bancaire et fin.* 2005, Étude 7.

19. PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 575/2013, 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

2.2. Nouvelle classification des établissements

La modification de la définition d'établissement de crédit permet ainsi une mise en cohérence de notre législation nationale avec le droit communautaire. Cette opération est réalisée au prix d'une exclusion de la catégorie d'établissement de crédit des anciennes sociétés financières. Elle impose de ce fait un « remodelage des catégories d'établissements de crédit » et une articulation entre cette catégorie et la nouvelle catégorie des sociétés de financement. Sans remettre en cause fondamentalement le projet unificateur de la loi de 1984, bien plus atteint par la multiplication des monopoles particuliers détachés au fil des ans du noyau d'origine, la réforme de 2013 en relativise grandement la portée.

Désormais, la catégorie des établissements de crédit regroupe essentiellement les banques et établissements assimilés. Une catégorie particulière d'établissements de crédit vient toutefois créer un trouble dans la nouvelle classification : il s'agit des établissements de crédit spécialisés. Cette catégorie a vocation à rassembler une partie des anciennes sociétés financières qui pourrait toujours répondre à la nouvelle définition de la notion. Le contenu exact de cette catégorie reste très incertain dans la mesure où ces établissements ne devraient pas, en principe, recevoir de fonds remboursables du public et ne devraient donc pas correspondre à la définition de l'article L. 511-1 20.

À côté des établissements de crédit apparaissent les sociétés de financement. Leur domaine d'activité est, *a priori*, très étendu mais à la différence des établissements de crédit, elles ne peuvent pas recevoir de fonds remboursables du public. Cela pourra étonner : les sociétés de financement ne sont pas des établissements de crédit alors qu'elles ont essentiellement une activité de distribution de crédit. Leur régime restera sans doute assez proche de celui des établissements de crédit même s'ils ne bénéficient pas, en principe, des libertés communautaires. Elles seront soumises à agrément de l'ACPR et soumises au contrôle du régulateur. On se doute que ce régime sera allégé par rapport à celui des établissements de crédit.

La recomposition du secteur opérée par la loi du 26 juillet 2013 constitue une modernisation utile de la loi de 1984. Celle-ci avait opportunément unifié le secteur mais au risque de faire apparaître des distorsions gênantes entre droit et économie et entre droits national et communautaire. Le particularisme de l'activité bancaire méritait sans doute cette mise en cohérence. Il restera à savoir si cette structure résistera longtemps au renouvellement des formes d'intermédiation financière et à l'évolution du secteur financier dans son ensemble qui pourra inviter à une régulation plus globale d'un secteur financier et non seulement bancaire et conduire au développement d'un droit des services financiers. ■



La bibliothèque numérique
de la banque et de la finance

L'accès illimité aux ouvrages clés de la profession

bibliotheque.revue-banque.fr



- ➔ **Plus de 2 200 ouvrages spécialisés. (en français et en anglais)**
- ➔ **Une utilisation simple et directe pour favoriser l'accès à des contenus éditoriaux de qualité**
- ➔ **Mise en place très simple de sa propre sélection pour ensuite archiver, annoter, imprimer ou partager les titres choisis.**
- ➔ **Le prolongement naturel de votre abonnement ou de votre adhésion**

- Cette offre vient en complément de votre abonnement à l'une des revues du groupe REVUE BANQUE ou de votre adhésion au Club Banque.

- Elle est conçue pour toutes les familles d'utilisateurs : entreprise, société de conseil ou de services, service documentation ou bibliothèque, responsable de formation, professionnel...



ABONNEZ-VOUS

CONTACT : bibliotheque@revue-banque.fr

Tél. : 01 48 00 54 54

www.revue-banque.fr/bibliotheque

20. V.Th. Bonneau, « La réforme des établissements de crédit », art. précité, spéc. n° 13-16.