

Monopole bancaire

LA REDÉFINITION DE LA NOTION DE RÉCEPTION DE FONDS DU PUBLIC



THIERRY SAMIN
Responsable
de la réglementation
bancaire
et financière

Société Générale

La notion de réception de fonds reçus du public, que l'on connaissait depuis la loi bancaire du 24 janvier 1984, a été remplacée par celle de réception de fonds remboursables du public. C'est l'œuvre de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement. Par ce changement terminologique, le droit français s'est rapproché du droit communautaire dérivé. S'agit-il là d'un changement purement nominal ? La présente contribution, issue d'une conférence prononcée à la Sorbonne le 11 juin 2014, lors du colloque « La fin du monopole bancaire ? » organisé à l'occasion des 40 ans du Master 2 de droit bancaire et financier de l'Université Panthéon-Sorbonne, vise à faire fait le point sur le sujet. Les actes complets de ce colloque feront l'objet d'un numéro spécial de *Banque et Droit*, à paraître d'ici la fin de l'année.

1. Comme le platane de M. Taine dans *Les Déracinés*¹, le Code monétaire et financier « ignore l'immobilité ». *Lex reformata semper reformanda*, pourrait-on écrire à son propos, parodiant un adage célèbre². La réception de fonds du public, première des opérations de banque énumérées par l'article L. 311-1 dudit code couverte par le monopole des établissements de crédit³, est là pour en témoigner. La notion de « réception de fonds du public », connue depuis la loi bancaire du 24 janvier 1984 – pour ne pas dire depuis l'acte dit « loi du 13 juin 1941 »⁴ –, a en effet cédé la place, le 1^{er} janvier dernier, à la notion de « réception de fonds remboursables du public » en vertu de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013⁵. Par ce changement terminologique, le droit français s'est rapproché du droit communautaire dérivé, autrement dit de la directive CRD 4⁶, qui réserve⁷, sauf exception⁸, « l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public » aux établissements de crédit⁹.

1. Cité par A. Finkielkraut dans ses ouvrages *Le Mécontemporain. Péguy, lecteur du monde moderne*, Gallimard, coll. « folio », n° 3191, 1991, p. 75 et *L'Identité malheureuse*, Stock, 2013, p. 109.
2. Cf., à propos de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, la préface de M.J. Foyer au fameux traité sur les « Sociétés commerciales » de MM. J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, t. I, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. X.
3. Cf. C. Houin-Bressand, « Les limites à la libre disposition des fonds reçus du public », in A. Gourio et J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier – Mélanges AEDBF-France VI*, RB Édition, 2013, p. 257 et sq.
4. V. art. 2, alinéa 1, de la loi du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire (DA 1941, Lég. p. 333, rectificatif p. 456) : J. Stofflet, « Le monopole des banques quant à la réception de fonds en dépôt », in *Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairies techniques, 1968, p. 437 et sq.
5. V. article 3, 1°, et 36 (combinés) de l'ordonnance (JO du 28 juin 2013, p. 10682).
6. V. Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE (JOUE du 27 juin 2013, n° L. 176/338).
7. V. article 9, § 1, de la directive précitée.
8. V. article 9, § 2, de la directive précitée.
9. V. Rapport annuel de l'ACPR 2013, p. 72.

2. Il n'est pas douteux que les personnes collectant des dépôts du public doivent être soumises à une réglementation ainsi qu'à une surveillance particulières, pour des raisons de protection de l'épargne. Il est non moins évident que l'activité de réception de fonds du public, via l'émission de titres de créance, doit, elle aussi, dans certains cas, être réservée à des établissements triés sur le volet. Les fonds reçus dans le cadre de l'émission de titres de créance ne sont-ils pas, par nature, des fonds remboursables du public¹⁰? Reste toutefois à trouver un juste milieu, « un milieu entre rien et tout » aurait dit Pascal, afin de ne pas pénaliser la nouvelle catégorie des sociétés de financement qui, faisant des opérations de crédit à titre de profession habituelle pour leur propre compte¹¹ sans être des établissements de crédit, doivent pouvoir se refinancer. De là les dispositions de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier, issues de l'ordonnance précitée¹², renvoyant à un texte réglementaire la définition des conditions et limites dans lesquelles les émissions de titres de créance sont « assimilables » (sic) au recueil de tels fonds. Toute la question est de savoir si, à l'instar du navire de Thésée que les Athéniens réparaient sans cesse en son absence et dont on se demandait, dès lors, s'il était bien toujours le même¹³, les contours du monopole bancaire ont, quant à la réception de fonds du public, véritablement changé depuis le 1^{er} janvier dernier à la faveur des modifications susvisées. Avant de tenter d'y répondre (II.), il est nécessaire de rappeler brièvement quelle était la situation antérieure (I.).

I. LE MONOPOLE DE LA RÉCEPTION DE FONDS DU PUBLIC SOUS L'EMPIRE DE LA LOI BANCAIRE DU 24 JANVIER 1984 CODIFIÉE

3. On se souvient que l'article 1^{er} de la loi bancaire (codifié à l'ancien article L. 311-1 du Code monétaire et financier) rangeait la « réception de fonds du public » parmi les opérations de banque que seuls les établissements de crédit avaient la possibilité d'accomplir à titre habituel sous peine de sanctions pénales correctionnelles¹⁴. On se souvient également qu'aux termes de l'article 2 de cette même loi (codifié à l'ancien article L. 312-2 du Code monétaire et financier), étaient considérés

comme fonds reçus du public, les fonds qu'une personne recueillait 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 extrêmement compréhensive¹⁵, proche de celle qui était donnée par l'article 2 de la loi du 13 juin 1941¹⁶, était plus précise que celle figurant dans les directives européennes de l'époque qui n'évoquaient que « les dépôts ou autres fonds remboursables »¹⁷. Cela étant, en pratique, il n'existait guère de différence entre la France et les autres États membres sur le fait que tout établissement qui collectait des dépôts du public devait, pour des raisons prudentielles évidentes, être étroitement encadré et surveillé¹⁸.

4. On se souvient, enfin, que la loi opérait une distinction importante selon que la collecte des fonds du public était affectée, ou non, d'un terme supérieur ou égal à deux ans. Sans plus faire référence au caractère habituel de l'opération, l'article 10 de la loi bancaire (codifié à l'ancien article L. 511-5 du Code monétaire et financier) disposait, de manière générale, qu'il était interdit à « toute entreprise, autre qu'un établissement de crédit, de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme ». Ce monopole renforcé pour les fonds exigibles à vue ou à très court terme, inspiré de la loi de 1941¹⁹, était pleinement justifié. Ainsi que l'avaient justement relevé MM. Rives-Lange et Ohl²⁰, « qu'elle soit habituelle ou occasionnelle, une telle réception de fonds présente pour les épargnants des dangers de même nature, sinon de même importance : les épargnants éprouvent en effet un besoin de liquidité que seuls des établissements spécialisés sont jugés à même de satisfaire ». L'interdiction ne visant que les entreprises, les particuliers pouvaient, quant à eux, exceptionnellement, c'est-à-dire occasionnellement, recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme²¹.

10. Cf. article 2, in fine, de la loi du 13 juin 1941 précitée : « Les fonds provenant d'une émission d'obligations ou de bons sont toujours considérés comme provenant du public ». Voir également *infra* § 11, texte et notes [44] et [45].

11. V. article L. 511-1, II du Code monétaire et financier.

12. V. article 3, 4^o, de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013.

13. Sur l'argument ontologique du bateau de Thésée, V. Leibniz, *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, Garnier Flammarion, 1990, p. 180 (livre II, chapitre XVII, § 4, posant le problème de l'identité et de la persistance à travers le temps, du Même et de l'Autre). Cf. la belle contribution de Y. Thomas dans l'ouvrage intitulé *L'Exception dans tous ses états*, Parenthèses, 2007, p. 209 et sq., spéc. p. 209 et S. Ferret, *Le Bateau de Thésée. Le problème de l'identité à travers le temps*, éd. de Minuit, coll. « Paradoxe », 1996.

14. V. articles 10 et 75 (combinés) de la loi bancaire du 24 janvier 1984, codifiés respectivement aux articles L. 511-5 et L. 571-3 du Code monétaire et financier. Cf. L. Fridman, « Les sanctions pénales du monopole bancaire : l'efficacité retrouvée d'une règle de droit », *Revue droit des affaires*, 11^e éd., 2013, p. 246 et sq., spéc. p. 248, et la jurisprudence citée en note [12].

15. Couvrant, entre autres, aussi bien le prêt d'argent que le dépôt irrégulier. Cf. Rép. com. Dalloz, V^o « Dépôt et compte en banque » [février 2005], par M. Cabrillac et R. Bonhomme, n° 14 et sq.

16. V. M. Vasseur, « Droit et économie bancaires », *Maîtrise*, Fasc. I-A, « Institutions bancaires », Les cours de droit, 1985-1986, p. 59.

17. V. not. article 1^{er}, tiret 1, de la directive 77/80/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 (repris à l'article 1, 1), de la directive 2000/12/CE du Parlement et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice).

18. Sic, P.-H. Cassou, *La Réglementation bancaire*, préface de Jean-Claude Trichet, Séfi, coll. « Banque et Stratégie », 1997, p. 267.

19. V. article 3, alinéa 1, de la loi du 13 juin 1941 précitée. Cf. P.-C. Dupont, « Le contrôle des banques et la direction du crédit en France », Dunod, coll. « Finance et Économie appliquée », 1952, pp. 106-107. Cpr. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit de la banque*, 1^{er} éd., PUF, coll. « Thémis », 1974, n° 59, p. 78, observant que « l'expérience montre que le public est trop facilement abusé par la perspective de pouvoir ainsi [théoriquement] récupérer très vite son argent [...] ». Adde, M. Cabrillac et Chr. Mouly, *Droit pénal de la banque et du crédit*, Masson, coll. « Droit pénal des affaires », 1982, n° 23, pp. 31-32, notant – à propos des dépôts de fonds à vue ou à moins de deux ans – : « quant aux risques que court le déposant, il est largement accru puisque le dépositaire ne peut programmer les remboursements et doit donc, s'il utilise les fonds, jouer sur la loi des grands nombres ».

20. V. J.-L. Rives-Lange et D. Ohl, « Monopole bancaire et liberté : la loi du 24 janvier 1984 permet-elle d'effectuer des opérations de banque sans être établissement de crédit ? », *Banque*, n° 450, mai 1985, p. 439 et sq., spéc. n° 38, p. 449.

21. Entre tant d'autres, v. not. Rép. pén. Dalloz, V^o « Banques et établissements financiers » [février 2002], par F. Ghelfi-Tastevin, n° 23 ; Rép. com. Dalloz, V^o « Banques et établissements de crédit » [mai 2006], par H. Aubry, n° 123 ; Ph. Neaud-Leduc, *Droit bancaire*, 3^e éd., Dalloz, 2007, n° 167, p. 74. Adde, Ripert et Roblot (Michel Germain, dir.), « Traité de droit commercial », t. 2, par Ph. Delebecque et M. Germain, 17^e éd., LGDJ, 2004, n° 2228, pp. 175-176 ; W. Sanbar et H. Bouchetemple, *Droit des opérations*

5. De ce qui précède, il résulte qu'une entreprise, non agréée en qualité d'établissement de crédit, pouvait notamment, sans craindre de violer le monopole bancaire, émettre des bons de caisse à la condition que ceux-ci soient au moins à deux ans de terme, sous réserve, bien entendu, que le produit de ces bons de caisse ne soit pas ensuite utilisé en opérations de crédit rémunérées, hormis au bénéfice de sociétés appartenant à son groupe²². Ce point avait certes été discuté²³, mais la loi bancaire ayant, dans son article 88, modifié les dispositions du décret-loi du 25 août 1937 sur les bons de caisse²⁴ afin de sortir les établissements de crédit de son champ d'application²⁵, il était constant que, si le législateur avait entendu interdire totalement aux entreprises la réception de fonds du public à deux ans et plus grâce à l'émission de tels bons, il aurait purement et simplement abrogé le décret-loi en question. Il était en conséquence permis de penser que la réception de fonds à deux ans et plus par une entreprise était libre, au moins sous la forme de bons de caisse²⁶, ce que confortait, du reste, une lecture *a contrario* de l'article 10, alinéa 2, de la loi du 24 janvier 1984²⁷ (codifié à l'ancien article L. 511-5, alinéa 2, du Code monétaire et financier).

6. Une entreprise ordinaire pouvait non moins émettre des obligations et des titres de créances négociables sans méconnaître le monopole de la réception de fonds du public. En effet, l'article 12-4° de la loi bancaire modifiée (codifié à l'article L. 511-7, 4° du Code monétaire et financier) indiquait que l'interdiction faite à toute personne, autre qu'un établissement de crédit, d'effectuer des opérations de banque à titre habituel, ne faisait pas obstacle à ce qu'une entreprise non agréée émette

des valeurs mobilières ou des TCN. Toute entreprise pouvait donc (et peut toujours, comme on le verra ci-après) se procurer auprès du public des ressources sous l'une de ces formes sans devoir être agréée comme établissement de crédit²⁸, pour autant évidemment que la réglementation la régissant le lui permette. Cette exception au principe du monopole de la collecte de fonds du public par des établissements de crédit agréés trouve sa justification dans l'existence de règles particulières régissant les conditions dans lesquelles de tels instruments financiers peuvent être placés auprès du public en vue de garantir la qualité de l'information fournie²⁹.

7. Pour terminer, on n'aura garde d'oublier les dispositions de l'article 2 de la loi bancaire (codifiées à l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier) prévoyant plusieurs exceptions à la notion de fonds reçus du public s'agissant de fonds en provenance, non pas à proprement parler du public – encore que cela soit éminemment discutable, tant la notion est large³⁰ –, mais de tiers « intéressés »³¹. Pour le dire autrement et selon les termes de Mme Isabelle Urbain-Parléani³², « l'interdiction de recevoir des fonds du public ne se justifie plus lorsque le déposant apparaît non plus comme un tiers mais comme un véritable partenaire de l'entreprise intéressé à son devenir pouvant, de par ses fonctions ou l'importance de sa participation dans l'entreprise, suivre l'emploi des fonds déposés ». Ceci dit, il peut y avoir d'autres raisons et la loi du 13 juin 1941 révisée connaissait déjà de telles exceptions frappées au coin du bon sens³³. C'est ainsi que, depuis 1984, ne sont pas considérés comme des fonds reçus du public :

– « les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les prêts provenant de prêts participatifs »³⁴ ;

– « les fonds qu'une entreprise reçoit de ses salariés sous réserve que leur montant n'excède pas 10 % de ses capitaux propres », étant entendu que, pour l'appréciation de ce seuil, « il

bancaires et financières transfrontalières, préfaces de Jérôme Abisset et Pierre de Lauzun, avant-propos de Jean-Pierre Mattout, RB Édition, 2013, n° 22, § 1, p. 34 ; J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « Droit de la régulation bancaire », préface de Christian Noyer, RB Édition, 2012, n° 48, § 3.

22. En ce sens, V. M. Vasseur, *op. cit.*, p. 60, 68, note [2] et 71. Cpr. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 10^e éd., LGDJ, coll. « Domat droit privé » – Lextenso, 2013, n° 88g, p. 64g, texte et note [58] ; Rép. com. Dalloz, V° « Bon de caisse » [mai 2007], par A. Lecourt, n° 32 ; J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 1950 [2010], « Bons de caisse », par N. Martial-Braz, n° 24. Telle était déjà la situation sous l'empire de la loi du 13 juin 1941 (articles 2, in fine, et 5, litt. d) : M. Cabrillac et Chr. Mouly, *op. cit.*, n° 32, p. 37 et n° 362, p. 246 ; J. Stoufflet, *art. cit.*, p. 443. En jurisprudence, V. Paris, 9^e Ch. des appels correctionnels, section B, 12 mars 1992, Prudhomme (escroquerie commise grâce à l'émission de bons de caisse à moins de deux ans de terme) : *Juris-Data* n° 1992-020960 ; Dr. sociétés, 1992, comm. 193, obs. H. Hovasse ; Paris, Pôle 5, Ch. 13 des appels correctionnels, 29 octobre 2010, *Guy Fernand B. et al.* (émission de bons de caisse à moins de deux ans de terme prétendument garantis) : RG n° 09/07428.

23. V. J.-L. Rives-Lange et D. Ohl, *art. cit.*, n° 39, p. 449 (interprétant le texte de la loi bancaire à la rigueur) : « les fonds peuvent être remis pour être restitués à plus de deux ans de terme. Dans ce cas, leur réception est autorisée, à titre occasionnel : la liberté de réception n'est pas totale ; en effet, la réception de fonds du public demeure une opération de banque (article 1, 2^e alinéa) qu'il est interdit de pratiquer de façon habituelle, à moins d'être inscrit comme établissement de crédit (article 10, 1^{er} alinéa) ». Cpr. J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 1995, n° 35, b), p. 32 et Rép. com. Dalloz, « Dépôt et compte en banque » [février 2005], par M. Cabrillac et R. Bonhomme, n° 30.

24. DP 1937, 4, 245.

25. V. article 88, II, de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984. Cf. M. Vasseur, « Droit et économie bancaires », Fasc. III, « Les opérations de banque », Les cours de droit, 1988-1989, p. 1346.

26. V., en ce sens, J.-Cl. Banque et Crédit, Fasc. 50, « Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires » [1997], par F. Peltier et E. Fernandez-Bollo, n° 20, § 4.

27. Sic, M. Vasseur, « Droit et économie bancaires », *Maîtrise*, Fasc. I-A, « Institutions bancaires », Les cours de droit, 1985-1986, p. 71.

28. V. M. Vasseur, *op. cit.*, p. 60 et pp. 70-71.

29. Sic, P.-H. Cassou, *op. cit.*, p. 268.

30. Pour une critique de la méthode (de disqualification des fonds) retenue par le législateur, V. Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 53, pp. 52-53.

31. Sic, P.-H. Cassou, *op. cit.*, p. 267.

32. In *Les Comptes courants d'associés*, préface de Christian Gavalda, Bibliothèque de droit privé, t. 189, Paris, LGDJ, 1986, n° 77, p. 66.

33. V. not. J. Bouteron, « La notion de dépôt reçu du public tel qu'il est interdit aux entreprises autres que les banques », in H. Ardant, *Les Principes de fonctionnement des caisses libres de crédit mutuel agricole en France*, éd. J.Y. Nicolas, 1959, p. 189 et sq., spéc. p. 193 (extraits d'un article paru dans un numéro spécial de *Droit social* consacré à « L'organisation professionnelle des banques », t. 15, mai 1942, p. 45 et sq.). Chr. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, pp. 74-75. *Add.*, F. Terré, « À propos des fonds reçus du public », *Économie et comptabilité*, mars 1975, p. 19 et sq.

34. V. A. Schricke, « À propos des fonds reçus en comptes courants d'associés », in H. de Vauplane et J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier – Mélanges AEDBF-France III*, RB Édition., 2001, p. 279 et sq. Plus récemment, V. H. Hovasse, « Comptes courants d'associés et monopole des banques », *JCP E* 2010, 1284 (traitant principalement du cas où les intéressés viennent à perdre la qualité – e.g. administrateur, actionnaire ou associé détenant au moins 5 % du capital social – en vertu de laquelle ils bénéficiaient initialement de la dérogation au monopole bancaire).

n'est pas tenu compte des fonds reçus des salariés en vertu de dispositions législatives particulières »³⁵.

8. Voici, à gros traits, les contours du « monopole » quant à la réception de fonds du public tel qu'on le connaissait depuis la loi du 24 janvier 1984 codifiée. Voyons à présent dans quelle mesure la situation a changé depuis le 1^{er} janvier dernier.

II. LE MONOPOLE DE LA RÉCEPTION DE FONDS REMBOURSABLES DU PUBLIC DEPUIS LE 1^{ER} JANVIER 2014

9. Depuis le 1^{er} janvier 2014, la notion de « réception de fonds du public » a cédé la place, là où elle était utilisée dans le Code monétaire et financier, à celle de « réception de fonds remboursables du public ». Le droit français converge ainsi avec la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 qui vise, on l'a dit en introduction, « l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public »³⁶ pour la réserver – c'est aujourd'hui le cœur même de ce qu'il est convenu d'appeler, en France, le monopole bancaire – aux établissements de crédit au sens du droit européen³⁷. Cet alignement du droit français est l'œuvre de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement³⁸ qui a modifié, à cet effet, les articles L. 311-1, L. 312-2, alinéa 1, L. 511-1, I et L. 511-5, alinéa 2, du Code monétaire et financier, pour ne citer que les principaux articles concernés. Au résultat, l'article L. 311-1 statue désormais que « les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit et les services bancaires de paiement », l'article L. 312-2, alinéa 1, précisant, dans sa nouvelle rédaction, que « sont considérés comme fonds remboursables 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 ». Quant à l'article L. 511-1, I nouveau, il dispose, dans le sillage du droit communautaire, que « les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profes-

sion habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits [...] », l'article L. 511-5, alinéa 2, spécifiant qu'il est « interdit à toute personne, autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement ».

10. La boucle est ainsi bouclée et, n'était la terminologie utilisée de « fonds remboursables du public » au lieu de « fonds reçus du public », il n'y a, de prime abord, rien de bien nouveau si ce n'est la disparition de l'ancienne distinction opérée entre la réception de fonds de « tiers » à vue ou à moins de deux ans de terme et la réception de fonds à deux ans de terme et plus. De la disparition de ce distinguo, il résulte que la réception de fonds remboursables du public en violation du monopole bancaire est devenue, en toute hypothèse, une infraction d'habitude³⁹ : la réception occasionnelle de fonds est donc permise. Sous le bénéfice de cette observation, s'agirait-il d'une modification des textes purement nominale ? Non pas. En effet, l'article L. 312-2, alinéa 1, renvoie, ce qui est nouveau, à un décret en Conseil d'État, la définition des « conditions et limites dans lesquelles les émissions de titres de créance sont assimilables au recueil de fonds remboursables du public, au regard notamment des caractéristiques de l'offre ou du montant nominal des titres ». Ce renvoi à un texte réglementaire n'est pas innocent : il s'explique par le fait que la notion de « fonds remboursables du public » est une notion faisant partie de l'ordre juridique communautaire⁴⁰ ayant, en tant que telle, vocation à être précisée et interprétée par les autorités européennes compétentes (on songe, en particulier, à l'EBA). Les pouvoirs publics français le savent bien et le recours à un décret offre toute la souplesse nécessaire s'il faut, un jour, mettre rapidement notre réglementation au diapason. Le principe lui-même du monopole bancaire concernant la réception de fonds remboursables du public reste, quant à lui, posé par la loi afin de pouvoir, comme par le passé, être sanctionné correctionnellement⁴¹ (principe de légalité des délits et des peines).

11. Notons que la technique de l'assimilation conditionnelle des émissions de titres de créance au recueil de fonds remboursables du public est propre à surprendre⁴² car on peut penser qu'au regard du droit communautaire dérivé, les fonds reçus dans le cadre d'une émission de titres de créance sont, par nature, des fonds remboursables du public⁴³. Le considérant 14 de

35. V. not. Rapport annuel du CECEI, 2009, p. 25.

36. V. article 9, 1. de cette directive dite « CRD 4 » : « Les États membres interdisent aux personnes ou aux entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit d'exercer l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public. »

37. V. article 4, 1., 1) du règlement UE n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (règlement dit « CRR » : JOUE du 27 juin 2013, n° 176/1) : « au sens du présent règlement, [...] 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 ». Rapp. article L. 511-1, I, du Code monétaire et financier (dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013).

38. Cf. Th. Bonneau, « La réforme des établissements de crédit. Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 », JCP E 2013, 1429; Y. Broussole, « Les principales dispositions de l'ordonnance du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement », Les Petites Affiches, n° 214, 25 octobre 2013, p. 4 et sq.; J. Lasserre Capdeville, « Harmonisation du statut d'établissement de crédit à l'échelle de l'Union européenne », JCP G 2013, Act. 805. Adde, Th. Samin, « La réforme du statut d'établissement de crédit en vue de l'entrée en vigueur du règlement européen CCR (Capital Requirements Regulation) : des sociétés financières aux sociétés de financement », RD bancaire et financier, septembre-octobre 2013, dossier 44, p. 72 et sq.

39. V. G. Decocq, Y. Gérard et J. Morel-Maroger, Droit bancaire, 2^e éd., RB Édition, 2014, n° 87, p. 68; W. Sanbar et H. Bouchetmble, op. cit., n° 22 in fine, p. 34.

40. Sur l'insuffisante prise en compte, d'une manière générale, par les autorités françaises, du droit communautaire dans le domaine bancaire et financier, V. H. Synvet, « Propos désenchantés sur le traitement judiciaire de l'affaire Sacyr-Eiffage », in Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Dalloz, 2013, p. 670 et sq., spéc. pp. 676 et 678, déplorant, non sans raison, que le juge financier français ait, dans cette affaire, fait comme si le droit communautaire n'existait pas.

41. V. articles L. 571-3 et L. 511-5 (combinés) du Code monétaire et financier.

42. Sic, Th. Bonneau, op. cit., n° 52, p. 51. Cpr., du même, « La réforme des établissements de crédit. Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 », JCP E 2013, 1429, spéc. n° 9.

43. Cf. CJCE, 6^e ch., 11 février 1999, aff. C-366/97, consorts Romanelli (à propos de l'interprétation [large, pour des raisons de protection des épargnants] de l'ancien article 3 de la deuxième directive de coordination bancaire n° 89/646/CEE du 15 décembre 1989,

la directive CRD 4 du 26 juin 2013⁴⁴ n'indique-t-il pas que « l'émission continue d'obligations et d'autres titres comparables » est une forme de réception de fonds remboursables du public ? C'est, par parenthèse, la raison pour laquelle les sociétés de crédit foncier et les sociétés de financement de l'habitat sont des établissements de crédit spécialisés⁴⁵. Or, en vertu de la technique d'assimilation retenue, les fonds reçus des émissions de titres de créance autres que celles définies par le pouvoir réglementaire français sont, par construction, exclues du domaine de l'opération de banque et, conséquemment, du monopole des établissements de crédit. Autant dire qu'en fonction de l'interprétation qui sera faite, par les autorités européennes, de la notion de fonds remboursables du public, le texte français sera, le cas échéant, amené à évoluer. Autant dire aussi que les précisions apportées par le décret, daté du 12 décembre 2013⁴⁶ et entré en vigueur le 1^{er} janvier dernier, sont déterminantes, spécialement pour les nouvelles sociétés de financement qui, n'étant pas des établissements de crédit, ne peuvent pas recevoir à titre habituel de fonds remboursables du public au sens de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier. De là notamment que ces sociétés ne sont habilitées à émettre des titres de créances négociables que « sous réserve de respecter les conditions fixées à cet effet par le ministre chargé de l'économie et des finances » et à condition que le produit des émissions de ces titres (en pratique, billets de trésorerie ou bons à moyen terme négociables car les certificats de dépôt sont réservés aux établissements de crédit)⁴⁷ « ne constitue pas des fonds remboursables du public au sens de l'article L. 312-2 » (nouvelle réd. de l'article L. 213-3, 1 bis, du Code monétaire et financier). De là également que toute émission de bons de caisse leur est interdite (article L. 223-3, alinéa 2).

12. La définition réglementaire des fonds remboursables du public constitue, on l'aura compris, la frontière entre le statut d'établissement de crédit et le sta-

tut de société de financement, ces dernières devant disposer de sources de *funding* minimum. C'est que, si les sociétés de financement ne sont pas soumises aux ratios de levier et de liquidité définis dans le CRR⁴⁸, elles sont, en revanche, assujetties à l'ensemble des exigences de ce règlement en matière de solvabilité et de grands risques, à l'exception de certaines composantes des fonds propres, adaptées pour tenir compte de leurs spécificités⁴⁹. Aussi, le décret du 12 décembre 2013, qui a inséré un article R. 312-7 dans le Code monétaire et financier, restreint-il le champ des émissions de titres de créance assimilables au recueil de fonds remboursables du public aux émissions, portant sur des titres mentionnés au 2 du II de l'article L. 211-1 du même code, cumulant les trois conditions suivantes :

– elles ne doivent pas être réservées à des prestataires de services d'investissement fournissant le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers ni à des investisseurs qualifiés, ce qui permet aux sociétés de financement de se refinancer dans le cadre de placements privés⁵⁰ ;

– pour les titres (ex : obligations) autres que les titres de créances négociables, dont le montant unitaire est du reste de 150 000 euros⁵¹, leur valeur nominale est inférieure à 100 000 euros. Cette condition laisse en creux aux sociétés de financement la possibilité de se refinancer dans le cadre d'offres au public, dès lors que la valeur nominale des titres est supérieure à 100 000 euros. Cette limite, dans laquelle François Simiand n'aurait sans doute pas manqué de voir un effet de la « magie des gros chiffres »⁵², est reprise de la directive dite « prospectus » qui prévoit un seuil au-dessus duquel les exigences en matière de prospectus sont allégées compte tenu de la nature probable des investisseurs⁵³. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que ce seuil de 100 000 euros est également celui retenu comme plafond en matière de garantie des dépôts. Si les émissions de TCN sont exclues de l'application de cette limite, c'est afin de permettre aux anciennes sociétés financières le souhaitant, dont la

dont on retrouve aujourd'hui les dispositions à l'article 9 de la directive CRD 4) : Daloz Affaires 1999, 595, obs. X. D. ; D. 2000, Somm. p. 454, obs. [approb.] H. Synvet ; Euredia 1999/2, p. 231, note [approb.] M. Vereecken : « l'expression d'autres fonds remboursables figurant à l'article 3 de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989 [...], vise non seulement les instruments financiers dont la caractéristique intrinsèque est d'être remboursables, mais également ceux qui, bien que ne possédant pas cette caractéristique, font l'objet d'un accord contractuel prévoyant le remboursement des fonds versés ».

44. Le considérant 14 de la directive CRD 4 (repris de l'ancien considérant 6 de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000, ci-devant considérant 5 de la première directive de coordination bancaire du Conseil du 12 décembre 1977) est ainsi rédigé : « Il convient dès lors que le champ de ces mesures soit le plus large possible et vise tous les établissements dont l'activité consiste à recevoir du public des fonds remboursables, aussi bien sous la forme de dépôts que sous d'autres formes, telles que l'émission continue d'obligations et d'autres titres comparables, et à octroyer des crédits pour leur propre compte. »

45. V. les articles L. 513-2 et L. 513-28 du Code monétaire et financier. À noter qu'en cas de déclaration de libre prestation de services à destination d'un autre État membre de l'EEE, ces sociétés sont, comme de juste, généralement invitées à cocher, dans la liste des activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle du formulaire type ACPR, la première case de la liste 1 (voir page 3 du formulaire) visant la « réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables ».

46. V. décret n° 2013-1149 du 12 décembre 2013 relatif à l'émission de titres de créance assimilables au recueil de fonds remboursables du public (JO du 14 décembre 2013, p. 20352) : JCP E 2013, Act. 923.

47. V. décret n° 2014-511 du 20 mai 2014 relatif aux titres de créances négociables apportant les modifications nécessaires à la partie réglementaire du Code monétaire et financier afin de permettre aux sociétés de financement d'émettre des TCN, ainsi que l'arrêté du 20 mai 2014 relatif aux titres de créances négociables (JO du 22 mai 2014, p. 8387).

48. Les sociétés de financement sont, en revanche, assujetties au coefficient de liquidité défini dans l'arrêté du 5 mai 2009, modifié, relatif à l'identification, la mesure et le contrôle du risque de liquidité (V. l'article 7 de l'arrêté du 23 décembre 2013 relatif au régime prudentiel des sociétés de financement : JO du 28 décembre 2013, p. 21605).

49. V. arrêté du 23 décembre 2013 précité (articles 2 et sq.). Adde, Rapport annuel de l'ACPR 2013, p. 73 ; La Revue de l'ACPR, n° 15, novembre-décembre 2013, p. 5 ; ACPR, Direction des affaires internationales, « Notice relative aux modalités de calcul des ratios prudentiels dans le cadre de CRD IV », version du 20 mai 2014, § 26, p. 9 ; K. Rumayor et P. Massot, « Nouveaux statuts d'établissement de crédit spécialisé et de société de financement », *Revue Banque*, n° 773, juin 2014, p. 109 et sq., spéc. p. 111.

50. Cf. discours de Mme D. Nouy, alors Secrétaire général de l'ACPR, à l'Assemblée générale de l'ASF le 26 juin 2013 : « pour se refinancer, les nouvelles sociétés de financement – qui ne pourront, de par leur statut, recevoir de dépôts [...], pourront avoir recours aux financements intra-groupe, au marché interbancaire, à la titrisation, ainsi qu'au placement privé de titres de créances auprès d'investisseurs qualifiés. Un décret devrait préciser et confirmer ce dernier point ».

51. Cf. Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3^e éd., Economica, 2010, n° 123, p. 181.

52. Cf. J. Carbonnier (1908-2003), *Écrits*, textes rassemblés et publiés par R. Verdier, PUF, 2008, p. 449 et, du même, *Droit civil*, t. 4, « Les biens », 19^e éd., PUF, 2000, n° 18, p. 31.

53. V. article 3, paragraphe 2, litt. d) de la directive 2003/71/CE, modifiée, concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation.

principale source de financement est l'émission de titres de créances négociables, de conserver leur statut d'établissement de crédit, à condition que les émissions ne soient pas réservées à des investisseurs qualifiés ;

– enfin, les titres émis ne doivent pas être des titres subordonnés (titres subordonnés de dernier rang émis en application de l'article L. 228-97 du Code de commerce, titres participatifs mentionnés aux articles L. 213-32 à L. 213-35, ou assimilés⁵⁴), le produit de ces émissions étant, dans la plupart des cas, éligible en fonds propres. C'est le lieu de rappeler qu'en thèse générale, les fonds qui servent à constituer les fonds propres (ou quasi-fonds propres) d'une entreprise ne peuvent être considérés comme provenant du public⁵⁵.

13. Telles sont les principales conséquences de la redéfinition de la notion de fonds remboursables du public. Pour conclure, est-il nécessaire de préciser que les exceptions traditionnelles au monopole bancaire subsistent (comptes courants d'associés, opérations de trésorerie intra-groupe, etc.) et que les entreprises ordinaires peuvent toujours, comme par le passé, dès lors qu'elles en ont la capacité, émettre sans restriction des titres financiers (article L. 511-7, I, 4 du Code monétaire et financier)⁵⁶ ? Cela étant, peuvent-elles continuer à émettre des bons de caisse, qui ne sont pas des titres financiers⁵⁷, alors que ces bons constituent,

à n'en pas douter, une forme de réception de fonds remboursables du public⁵⁸ ? On peut en douter dans la mesure où, comme on l'a signalé, il est désormais interdit à toute personne, autre qu'un établissement de crédit, de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public sans distinction de terme. Pour autant, les articles L. 223-1 et suivants du Code monétaire et financier relatifs aux bons de caisse, qui ont beaucoup jauni, n'ont pas été abrogés lors de la transposition en droit français du paquet CRD 4⁵⁹. Qui plus est, une lecture *a contrario* des dispositions de l'article L. 223-3 interdisant aux sociétés de financement d'émettre de tels bons accrédite l'idée que les autres sociétés demeurent habilitées à en émettre. « Il est désirable, écrivait jadis Henri Vialleton⁶⁰, que la loi soit nette, explicite et adaptée dans ses conséquences aux résultats recherchés ». Force est de constater que tel n'est pas le cas actuellement. Aussi faut-il souhaiter une intervention du législateur afin de clarifier la situation. ■

54. Sur ces titres, qui sont des obligations assorties d'une clause de subordination, V. Th. Bonneau et F. Drummond, *op. cit.*, n° 115, p. 168.

55. Sic, M. Vasseur, *op. cit.*, p. 63, in fine. Ces éléments de passif ne sont d'ailleurs pas couverts par la garantie des dépôts (voir article 3, 4°, litt. b), du règlement du CRBF n° 99-05, modifié, cité à la note [58].

56. À noter que les sociétés de financement sont, à cet égard, soumises, non sans paradoxe, à un régime plus restrictif que les sociétés commerciales ordinaires du fait de leur statut particulier : en effet, la dérogation générale de l'article L. 511-7, I, 4° du Code monétaire et financier ne bénéficie qu'aux entreprises n'effectuant « [...] pas d'opérations de crédit mentionnée (sic) à l'article L. 313-1 ».

57. V. l'article L. 211-1, II, 2, du Code monétaire et financier. Adde, article 2, litt. d) de la décision de caractère général n° 69-02 du 9 mai 1969, modifiée, du Conseil national du crédit relative aux conditions de réception des fonds par les banques qui vise les bons de caisse.

58. V., par exemple, l'article 2, alinéa 1, du règlement n° 99-05 du CRBF du 9 juillet 1999, modifié, relatif à la garantie des dépôts ou autres fonds remboursables reçus par les établissements de crédit ayant leur siège social en France ainsi que dans la Principauté de Monaco (assimilant, sous l'angle de la garantie des dépôts, les bons de caisse émis par un établissement bancaire aux dépôts que cet établissement reçoit). Adde, article 2, litt. d) de la décision de caractère général n° 69-02 du 9 mai 1969, modifiée, du Conseil national du crédit relative aux conditions de réception des fonds par les banques qui vise, après les comptes à vue, les comptes sur livret et les comptes à terme, les bons de caisse émis par les établissements de crédit parmi les ressources de ces derniers.

59. Cf. *supra* n° 5, texte et note [25] à propos de l'article 88 de la loi bancaire du 24 janvier 1984.

60. V. H. Vialleton, « La conservation du fonds de commerce propre et la prohibition des pactes sur succession future », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, reprint de l'édition de 1939, Topos Verlag AG, Librairie Duchemin, 1977, p. 883 sq., spéc. p. 894.