

CHRONIQUE

DROIT PÉNAL BANCAIRE ET FINANCIER



JÉRÔME LASSERRE CAPDEVILLE
Maître de conférences HDR
Université de Strasbourg

■ EXERCICE ILLÉGAL DE LA PROFESSION DE BANQUIER

Évolution légale de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier

La loi « PACTE » est venue modifier légèrement le contenu de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier prévoyant des dérogations au monopole bancaire en matière de réception de fonds remboursables du public. Les précisions ainsi apportées sont heureuses. Toutefois, elles ne permettent pas de résoudre l'ensemble des incertitudes liées à cet article.

Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 76 : JO, 23 mai 2019, texte n° 2.

Le monopole bancaire a pour objet de réserver aux seuls établissements de crédit (voire aux sociétés de financement dans un cas) l'accomplissement « à titre habituel » des opérations de banque. Il se traduit, concrètement, par deux interdictions principales visant, respectivement, les opérations de crédit et la réception de fonds remboursables du public. Ce dernier cas nous intéresse plus particulièrement ici.

L'article L. 511-5, alinéa 2, du Code monétaire et financier interdit ainsi « 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 »¹. Sont ici concernés, d'après l'article L. 312-2 du code, les fonds « qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer ». Il n'est pas rare que des manquements soient relevés, et sanctionnés, par le juge pénal en la matière².

Ce monopole bancaire est cependant loin d'être absolu. Plusieurs articles du Code monétaire et financier y prévoient des exceptions. Concernant la réception des fonds remboursables du public, l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier exclut ainsi de cette catégorie certains cas de mise à disposition de fonds : les fonds reçus des associés, les prêts participatifs et enfin les fonds reçus des salariés. Aucune violation du monopole bancaire de la part du réceptionnaire des fonds ne peut donc être caractérisée dans de tels cas. La justification de ces exclusions tient au fait que, dans ces différentes hypothèses, ce ne serait pas à proprement parler le « public » qui procède à la mise à disposition de fonds, mais certaines catégories de personnes déterminées et connues de l'entreprise réceptionnaire³.

Le premier tempérament cité attire l'attention. Jusqu'à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, c'est-à-dire la loi « PACTE », il s'agissait des « 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 ».

Cette exception est importante, dans la mesure où elle vise, sans la citer expressément, la technique de financement des sociétés par comptes courants d'associés. Pour mémoire, ces derniers sont des prêts ayant pour caractéristique d'être consentis à une société, non pas par des établissements de crédit, mais par ses associés eux-mêmes. Ceux-ci cumulent, de la sorte, la double qualité

1. Le non-respect de cette interdiction est sanctionné, suivant l'article L. 571-3 du code, par trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. Les personnes morales encourent, quant à elles, une amende de 1 875 000 euros d'amende.

2. V. par ex., Cass. crim. 11 mars 2015, n° 13-88.250 : *Banque et Droit* n° 161, mai-juin 2015, p. 92, obs. J. Lasserre Capdeville. – Cass. crim. 17 juin 2015, n° 14-80.977 : *Banque et Droit* n° 162, juill.-août 2015, p. 83, obs. J. Lasserre Capdeville. – Cass. crim. 22 févr. 2017, n° 15-85.799 : *Banque et Droit* n° 172, mars-avr. 2017, p. 66, obs. J. Lasserre Capdeville. – Cass. crim. 11 juill. 2017, n° 15-86.556 : *Banque et Droit* n° 177,

janv.-févr. 2018, p. 63, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Gaz. Pal.*, 14 nov. 2017, n° 39, p. 80, obs. J. Morel-Maroger. – Cass. crim. 5 avril 2018, n° 17-81.465 : *Banque et Droit* n° 179, mai-juin 2018, p. 67, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Gaz. Pal.*, 12 juin 2018, n° 21, p. 77, obs. J. Morel-Maroger.

3. Pour une critique, Th. Bonneau, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, 2019, 13^e éd., n° 54. Selon l'auteur, il est difficile de considérer que les protagonistes visés ne puissent être assimilés au « public », notion générale figurant à l'alinéa 1^{er} de l'article étudié. Des exclusions directes du champ d'application du monopole bancaire auraient été certainement plus opportunes.

d'associé et de prêteur. Des sommes, parfois importantes, sont ainsi mises à la disposition de la société, à titre de prêt, par un ou plusieurs associés qui sont le plus souvent ses dirigeants. Or ces faits ne tombent pas dans le champ d'application du monopole bancaire en raison de l'exception observée ci-dessus figurant à l'article L. 312-2, 1^o, du Code monétaire et financier.

Ce cas faisait néanmoins l'objet de critiques doctrinales⁴. Tout d'abord, la limite des 5 % de détentions du capital social concernant les associés ou actionnaires de sociétés de capitaux pouvait paraître bien artificielle. Pourquoi ce pourcentage ? Ensuite, la liste des dirigeants mentionnés (administrateurs, membres du directoire, membres du conseil de surveillance et enfin gérants) demeurait incomplète. Rien n'était dit, plus particulièrement, à l'égard des directeurs généraux et aux directeurs généraux délégués de SA. De même, les présidents de SAS n'étaient pas cités⁵.

Sans surprise, le législateur a cherché à rectifier ces insuffisances. Cela a été fait par l'article 76 de la loi « PACTE » précitée du 22 mai 2019⁶. Celui-ci supprime ainsi l'exigence de détention par les associés ou actionnaires d'une quote-part minimale du capital social pour qu'une société puisse bénéficier de compte courant d'associé sans se voir reprocher une atteinte au monopole bancaire. Désormais, l'avance peut être consentie quel que soit le niveau de détention du capital de la société. Par ailleurs, la liste des dirigeants visés par l'article L. 312-2 est complétée par des références expresses aux directeurs généraux et aux directeurs généraux délégués, mais aussi aux présidents de SAS.

Mais cette évolution permet-elle de résoudre l'ensemble des difficultés liées à cet article ? Pas totalement, selon nous. En effet, sa portée soulève encore et toujours des incertitudes de par son contenu, à notre sens, insuffisant.

En effet, il faut noter que l'exception envisagée par l'article par l'article L. 312-2, 1^o, du Code monétaire et financier ne joue, objectivement, qu'au bénéfice de celui qui a reçu les fonds. On ne saurait lui reprocher d'avoir reçu des fonds remboursables du public, puisque les fonds en question ne peuvent plus être qualifiés de la sorte.

En revanche, et c'est à souligner, cette exception ne bénéficiera pas au prêteur. Si celui-ci (non agréé comme établissement de crédit ou société de financement) a prêté de l'argent à titre habituel, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'au moins deux comptes courants d'associés différents, il demeure dans l'illégalité, quand bien même les bénéficiaires ne risqueraient quant à eux plus rien. Le fait que les fonds en question ne puissent pas être « considérés comme fonds remboursables du public » n'a pas d'incidence sur les actes de prêt. La seule façon pour ce prêteur indu d'échapper au délit d'exercice illégal de la profession de banquier, sera de démontrer que les prêts accordés relèvent de l'une des hypothèses dérogatoires visées par les articles L. 511-6 et L. 511-7 du Code monétaire et financier (délais ou avances de paiement, prêts intragroupe, prêts interentreprises, etc.). Il pourra encore tenter de prouver qu'il n'a accordé des avances que par l'intermédiaire d'un seul et unique compte courant d'associé. Dans ce cas-là, en effet, il n'y aura plus d'habitude.

On notera que la majorité de la doctrine partage notre point de vue quant à la lecture à donner à l'article L. 312-2, 1^o, du Code monétaire et financier⁷. Il serait alors heureux que l'article précité soit complété afin de préciser expressément que l'exception au monopole bancaire envisagée ne vaut que pour le bénéficiaire des fonds et non pour le prêteur. Une telle évolution serait profitable à la sécurité juridique. ■

4. V. not., F. Vinckel et L. Godon, « Compte courant d'associés », *JurisClasser Société* *Traité*, fasc. 36-20, 2017, n° 33.

5. Cette critique pouvait cependant être tempérée avec l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, qui opère un renvoi aux règles régissant la société anonyme.

6. V. not., R. Mortier, B. Zabala et S. de Vendeuil, « La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 », *Dr sociétés*, juin 2019, étude, spéc. n° 85. – R. Arakélian, « Loi PACTE : aspects de droit des sociétés », *AJ Contrat* 2019, p. 272.

7. X. Delpech, « Compte courant d'associé », *Répertoire société* Dalloz, 2009, n° 16. – F. Vinckel et L. Godon, « Compte courant d'associés », *JurisClasser Société* *Traité*, fasc. 36-20, 2017, n° 34. – A. Cerati-Gauthier, « Les comptes courants d'associés dans les sociétés agricoles : aspects civils et commerciaux », *Rev. Droit rural* n° 434, juin 2015, étude 11, n° 8. – B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E* 2012, n° 46, 1671, n° 14. – *JCP E* 2019, n° 22-23, 1272, n° 14. – J. Lasserre Capdeville, « Comptes courants d'associés : étude », *Joly Sociétés*, 2008, n° 035. – Contra, B. Gouache et M. Behar-Touchais, « Choix de la franchise », *JurisClasser Commercial*, fasc. 316-1, 2016, n° 79. Les auteurs ne motivent cependant pas leur affirmation sur ce point. – M. Vasseur, *Droit et économie bancaires*, Fascicule I – A, Cours de droit, 1985, 4e éd., p. 63.

■ SAISIE DE COMPTES BANCAIRES

Rejet d'une QPC intéressant l'article 706-154 du Code de procédure pénale

L'article 706-154 du Code de procédure pénale, relatif à la saisie conservatoire de sommes d'argent concilie, avant toute déclaration de culpabilité, l'efficacité de la lutte contre la fraude, objectif à valeur constitutionnelle, avec le droit de propriété et la présomption d'innocence, constitutionnellement garantis.

Cass. crim. 24 juillet 2019, n° 19-80.422.

Depuis la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale¹, notre droit encadre les saisies de comptes bancaires².

Selon l'article 706-154 du Code de procédure pénale, « l'officier de police judiciaire peut être autorisé, par tout moyen³,

1. JO, 10 juill. 2010, p. 12753.

2. L. Ascensi, « Saisies spéciales », *Répertoire pénal* Dalloz, 2014, n° 77 et s.

3. Le fait que l'accord du procureur ne résulte que d'un PV rédigé par l'OPJ ne vicie pas

par le procureur de la République ou le juge d'instruction à procéder, aux frais avancés du Trésor, à la saisie d'une somme d'argent versée sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôts. Le juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République, ou le juge d'instruction se prononce par ordonnance motivée sur le maintien ou la mainlevée de la saisie dans un délai de dix jours à compter de sa réalisation. »

La suite de l'article indique que l'ordonnance précitée est « notifiée au ministère public, au titulaire du compte et, s'ils sont connus, aux tiers ayant des droits sur ce compte, qui peuvent la déférer à la chambre de l'instruction par déclaration au greffe du tribunal dans un délai de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance »⁴. On notera que cet appel n'est pas suspensif. S'ils ne sont pas appelants, le titulaire du compte et les tiers peuvent néanmoins être entendus par la chambre de l'instruction, sans toutefois pouvoir prétendre à la mise à disposition de la procédure.

Lorsque la saisie porte sur une somme d'argent versée sur un compte ouvert auprès d'un « établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôts », c'est-à-dire un établissement de crédit, elle s'applique indifféremment « à l'ensemble des sommes inscrites au crédit de ce compte au moment de la saisie⁵ et à concurrence, le cas échéant, du montant indiqué dans la décision de saisie ».

Sans surprise cette disposition a fait l'objet de critiques, notamment par voie de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC). D'abord, la chambre criminelle est venue dire que n'était pas sérieuse la question de savoir si les dispositions combinées des articles 694-10, 694-12 et 706-154, alinéa 2, du Code de procédure pénale portent atteinte au droit à un recours effectif, aux droits de la défense et au droit de propriété⁶. De même, elle a déjà pu indiquer que n'était pas non plus sérieuse la question de savoir si l'application des articles 706-153 et 706-154 du Code de procédure pénale ne méconnaît pas le principe de l'égalité des citoyens devant la loi et notamment la loi répressive⁷.

Tel était à nouveau le cas dans la décision sélectionnée. En l'occurrence, la société M. faisait l'objet d'une procédure pour travail dissimulé et publicité tendant à favoriser le travail dissimulé. Or la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux avait confirmé une ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant ordonné la saisie pénale de sommes inscrites au crédit d'un compte bancaire ouvert à cette même société. Cette dernière avait alors décidé de poser une question prioritaire de constitutionnalité.

La question était ainsi rédigée : « L'article 706-154 du code de procédure pénale, permettant à un officier de police judiciaire de procéder, avec l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction donnée par tout moyen, à la saisie d'une somme d'argent versée sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôts, méconnaît-il les articles 2, 9 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation déclare, cependant, qu'il n'y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel cette QPC. Elle estime, en effet, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux, « dès lors que les dispositions législatives contestées concilient, avant toute déclaration de culpabilité, l'efficacité de la lutte contre la fraude, objectif à valeur constitutionnelle, avec le droit de propriété et la présomption d'innocence, constitutionnellement garantis ».

La Haute juridiction cherche néanmoins à préciser cette solution en rappelant les mesures de protection prévue par notre droit en la matière. Elle observe ainsi que la saisie conservatoire de sommes d'argent, volatiles par essence, inscrites sur un compte de dépôts, si elle est opérée dans l'urgence par un officier de police judiciaire autorisé à y procéder par le procureur de la République, est provisoire, n'entraîne aucune dépossession des fonds qu'elle a pour seul effet de rendre indisponibles et doit être maintenue ou levée dans les dix jours de sa réalisation, par le juge des libertés et de la détention. Elle rappelle encore que ce dernier doit s'assurer du caractère confisquable des fonds concernés, mais aussi que la levée d'une telle mesure peut être demandée à tout moment.

Cet article 706-154 ne méconnaît donc pas de principes à valeur constitutionnelle. On notera qu'il n'est pas plus contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸. ■

la procédure puisqu'il résulte de l'article 706-154 que le procureur de la République peut autoriser par tout moyen l'officier de police judiciaire à saisir les sommes versées sur un compte bancaire, Cass. crim. 17 avr. 2019, n° 18-84.057 : Dalloz actualité, 14 mai 2019, obs. D. Goet ; Banque et Droit n° 185, 2019, p. 74, obs. J. Lasserre Capdeville.

4. Concernant l'obligation de respecter ce délai, Cass. crim. 7 juin 2017, n° 16-86.898 : Dalloz actualité, 4 juill. 2017, obs. S. Fucini.

5. Sur cette solution, Cass. crim. 18 sept. 2012, n° 12-80.662 : Bull. crim. 2012, n° 193 ; Dalloz actualité, 28 oct. 2012, obs. L. Priou-Alibert.

6. Cass. crim. 22 mars 2017, n° 16-85.773 QPC.

7. Cass. crim. 28 mars 2017, n° 17-90.002 QPC.

8. Pour les juges, en effet, l'article garantit un juste équilibre entre les droits de la personne concernée par la saisie et la nécessité de protéger le secret de l'enquête et de l'instruction, Cass. crim. 25 févr. 2015, n° 14-86.447 : Bull. crim. 2015, n° 36 ; CP G 2015, 292, obs. J.-Y. Maréchal, Procédures 2015, comm. 135, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; Dalloz actualité, 19 mars 2015, obs. Ch. Fonteix ; AJ Pénal 2015, p. 266, obs. L. Ascensi.

Adoucissement des sanctions applicables en cas de contrefaçon ou de falsification d'instruments de paiement

La loi du 23 mars 2019 vient adoucir les sanctions applicables aux situations envisagées par l'article L. 163-3 du Code monétaire et financier, intéressant la contrefaçon et la falsification de chèques ou d'autres instruments de paiement.

Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 61 : JO, 24 mars 2019, texte n° 2.

L'article L. 163-3 du Code monétaire et financier¹ a pour caractéristique de s'adresser à la fois aux chèques et aux autres instruments de paiement, tels que définis par l'article L. 133-4, et notamment la carte bancaire.

Plusieurs incriminations pénales sont envisagées par ce texte : le fait de contrefaire ou de falsifier l'un de ces instruments de paiement, le fait d'en faire usage ou de tenter d'en faire usage, et enfin le fait d'accepter de recevoir un paiement au moyen de l'un d'entre eux. Nous sommes en présence d'infractions intentionnelles. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que la caractérisation de l'un de ces cas n'impliquait pas la preuve d'un préjudice².

Or, jusqu'à une date récente, l'infraction était punie de sept ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende³, ce qui était plus sévère que pour le faux de

droit commun prévu par l'article 441-1 du Code pénal⁴. Les personnes morales encouraient, quant à elles, une amende de 3 750 000 euros.

Cette solution a évolué suite à l'article 61 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : la sanction précitée est passée à cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende (1 875 000 euros pour les personnes morales).

Pourquoi une telle baisse ? La volonté du législateur est ici de rendre ces infractions susceptibles d'être jugées à juge unique. Cette solution est de bon sens, dans la mesure où ces contrefaçons et falsifications représentent un nombre important d'affaires d'une relative simplicité. La commission de l'infraction en bande organisée demeure, en revanche, de la compétence de la formation collégiale du tribunal correctionnel de par les sanctions encourues⁵.

Mais l'état du droit applicable en la matière est-il, désormais, totalement cohérent ? Pas vraiment. En effet, on notera que l'article L. 163-4, qui réprime le recours à du matériel de contrefaçon ou de falsification d'instruments de paiement, demeure encore puni de sept ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende⁶. Or un tel comportement est-il réellement plus grave que ceux sanctionnés par l'article L. 163-3 ? On peut légitimement en douter. ■

1. Pour la Cour de cassation cette disposition est rédigée en des termes suffisamment précis, Cass. crim. 7 janv. 2014, n° 13-82.514 : *Banque et Droit* n° 154, mars-avr. 2014, p. 53, obs. J. Lasserre Capdeville.

2. Cass. crim. 8 janv. 2003, n° 02-82.433 : *Bull. crim.* 2003, n° 4 ; D. 2003, p. 2037, note J. Djoudi ; *Dr. pénal* 2003, n° 48, obs. J.-H. Robert ; *RTD com.* 2003, p. 580, obs. B. Bouloc. – Cette décision est perçue, parfois, comme un revirement de jurisprudence, W. Jeandier, *op. cit.*, n° 304.

3. Un certain nombre de peines complémentaires sont également envisageables, et plus particulièrement les interdictions énumérées par l'article L. 163-6 (interdiction des droits civiques, civils et de famille, interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, etc.). Concernant les personnes morales, les peines complémentaires de l'article 131-39 sont encourues.

4. Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

5. Selon l'article L. 163-4-2 du code : « Les peines encourues sont portées à dix ans d'emprisonnement et un million d'euros d'amende lorsque les infractions prévues aux articles L. 163-3, L. 163-4 et L. 163-4-1 sont commises en bande organisée ».

6. En effet, selon cet article : « Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende le fait, pour toute personne, de fabriquer, d'acquérir, de détenir, de céder, d'offrir ou de mettre à disposition des équipements, instruments, programmes informatiques ou toutes données conçus ou spécialement adaptés pour commettre les infractions prévues au 1° de l'article L. 163-3 ». – Cass. crim. 28 sept. 2016, n° 15-85.091 : *RTD com.* 2016, p. 886, obs. B. Bouloc ; *Dr. pénal* 2016, comm. 155, obs. J.-H. Robert ; *Banque et Droit* n° 170, oct.-déc. 2016, p. 79, obs. J. Lasserre Capdeville.