

Considérations sur le monopole bancaire

La Loi bancaire a défini en 1984 le principe et les contours du monopole bancaire. Il subsiste cependant certaines questions quant à la conformité à ce monopole de certaines activités et opérations, comme les cessions de créances, sous-participations, opérations réalisées à l'étranger ou l'externalisation.

LA LOI DU 24 JANVIER 1984 « relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit », dite « Loi bancaire », constitue sans aucun doute une étape fondamentale dans l'évolution du système bancaire français. À l'évidence, au début des années 1980, la législation de 1941-1945, applicable aux seules banques inscrites et aux établissements financiers enregistrés, soit moins de 40 % de l'appareil financier français, avait vieilli. Mais le reproche le plus grave formulé contre ces lois d'inspiration corporatiste portait sur la multiplicité et l'hétérogénéité des statuts juridiques des différents réseaux bancaires et sur leur complexité. Il en résultait une absence d'unité de conception, tant en ce qui concerne la conduite de la politique bancaire que la réglementation et le contrôle des établissements de crédit. Les objectifs de la loi bancaire, tels que précisés dans l'exposé des motifs du projet de loi, visaient en premier lieu la modernisation du cadre juridique dans lequel s'exercent les activités bancaires, sur la base de la notion générique d'établissement de crédit établie à partir d'une définition moderne et élargie des opérations de banque (encadré 1).

Nous présenterons brièvement ci-après le cadre général du monopole bancaire, puis quelques considérations ac-

tuelles et pratiques, essentiellement inspirées de notre expérience de praticiens, quant aux contours du monopole.

LE CADRE GÉNÉRAL DU MONOPOLE BANCAIRE

Aux termes de l'article 10 de la Loi bancaire, codifié à l'article L.511-5 du Code monétaire et financier : « Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Il est, en outre, 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 ». Par ailleurs, la loi définit les établissements de crédit comme « Les personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque ». Il résulte de la combinaison de ces articles ce qu'il est convenu d'appeler un « monopole » des établissements de crédit pour l'accomplissement des opérations de banque.

Celles-ci sont définies à l'article 1 de la Loi bancaire ; il s'agit des fonctions d'intermédiation classiques ou traditionnelles des banques, à savoir : la réception de fonds du public, les opérations de crédit et la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement. Il n'entre pas dans le cadre de ce texte de présenter en détail ces opéra-



JEAN L'HOMME
Avocat associé

**Freshfields Bruckhaus
Deringer**



CHRISTOPHE CAFFARD
Avocat

**Freshfields Bruckhaus
Deringer**

1. La Loi bancaire de 1984

La loi bancaire régleme les fonctions d'intermédiation dite classique ou traditionnelle des banques : la distribution du crédit, la collecte des dépôts et la gestion des moyens de paiement. À partir du milieu des années 1980, l'importance de ces fonctions traditionnelles, qui demeurent néanmoins le cœur de l'activité bancaire, tend à diminuer au profit des nouvelles formes d'intermédiation dite « de marché ». La modernisation du cadre juridique de celle-ci interviendra par la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996, qui complète la loi bancaire de 1984 en transposant en droit interne la Directive CE n° 1993/22 sur les services d'investissement (DSI). Cette loi apporte une nouvelle définition des « métiers du titre », plus large et plus précise que celle de la loi de 1984, et crée un statut unique d'intermédiaire financier (le prestataire de services d'investissement) habilité à exercer ces métiers.

“ Dans un arrêt rendu le 27 février 2001, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler clairement les contours du monopole conféré par la loi aux établissements de crédit. ”

tions. Signalons cependant que par un arrêt rendu le 27 février 2001, la chambre commerciale de la cour de cassation a eu l'occasion de rappeler clairement les contours du monopole conféré par la loi aux établissements de crédit en ce qui concerne les opérations de crédit. Censurant un arrêt de cour d'appel qui avait cru pouvoir considérer qu'un prêteur ne se livrait pas à une activité bancaire prohibée dès lors que les fonds avancés provenaient de son « patrimoine personnel privé », la Cour suprême, en confirmant que l'origine des fonds prêtés importait peu, a rendu manifeste la différence de conception entre le droit bancaire français (le crédit à titre onéreux rentre en principe dans le champ du monopole bancaire) et le droit communautaire (le crédit est une activité libre, dès lors qu'il n'est pas alimenté par des dépôts reçus du public : articles 1 et 4, Directive CE n° 2000/12).

Au vu des profondes transformations de l'environnement des banques au cours des années 1980 et 1990, attribuables notamment aux processus conjugués de déréglementation et de libéralisation financières, on doit saluer la remarquable stabilité de la définition des opérations de banque depuis la Loi bancaire de 1984. En comparaison, l'article 4 de la loi du 2 juillet 1996, dite de modernisation des activités financières, fait pâle figure, cette disposition se bor-

nant à énumérer les services d'investissement sans apporter de réelle définition. Il est vrai cependant que les activités d'intermédiation « de marché » restent soumises à des évolutions et transformations nettement plus importantes que celles d'intermédiation classique ou traditionnelle.

Au plan des sanctions, enfin, signalons que la chambre commerciale de la Cour de cassation admet désormais sans ambiguïté que le monopole bancaire protège non seulement l'intérêt général, mais aussi celui des cocontractants des établissements de crédit. Elle affirme ainsi que « *L'obligation d'agrément prévue par l'article 15 de la loi du 24 janvier 1984 (codifié à l'article L.511-10 du Code monétaire et financier) protège non seulement l'intérêt général et celui des établissements de crédit mais aussi celui des emprunteurs qui peuvent, dès lors, engager des actions tendant à l'annulation des conventions conclues en infraction à la règle précitée* » (Cass. com. 19 novembre 1991).

L'ACCOMPLISSEMENT DES OPÉRATIONS DE BANQUE « À TITRE HABITUEL »

Les praticiens du droit financier sont régulièrement confrontés à des opérations de financement ou de refinancement logées, pour des raisons diverses, dans des entités ad hoc (notamment GIE, SNC ou SPV de droit étranger) constituées aux seules fins d'une opération déterminée. Du point de vue de leur conformité aux dispositions de la loi bancaire, ces opérations sont traditionnellement fondées sur leur caractère « occasionnel » par opposition à la nature « habituelle » caractérisant les opérations de banque soumises au monopole. Mais la Cour de cassation, par une décision récente, a créé un certain trouble quant aux conditions d'appréciation des activités bancaires soumises au monopole.

Pourtant dans une espèce jugée le 3 décembre 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait semblé adopter une position nettement « libérale » en considérant que le caractère habituel des opérations de banque n'était pas démontré par « *le fait pour une personne non agréée de consentir à titre habituel [...] neuf prêts successifs à titre*

onéreux à [...] un même client ». Cependant, un arrêt de la même chambre, du 7 janvier 2004, se démarque apparemment de cette jurisprudence, au moins en ce qui concerne les opérations de crédit réalisées en France par des établissements de crédit étrangers qui n'y sont pas agréés et n'y bénéficient pas du passeport européen. S'agissant de ces établissements, la Cour de cassation décide, en substance, qu'ils doivent obtenir un agrément pour exercer, en France, leurs activités, « fût-ce à titre occasionnel et sous forme de libre prestation de service ».

À l'évidence, une telle position est contraire à la lettre du texte de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier, qui interdit seulement l'exercice « à titre habituel » d'une activité bancaire aux personnes ou entités non autorisées¹. On peut certainement discuter des conditions et limites de l'activité exercée « à titre occasionnel », par opposition à l'activité exercée « à titre habituel », mais il ne semble pas souhaitable, au surplus contrairement à des pratiques bien établies, d'imposer une position qui fait peu de cas des dispositions légales, en supprimant purement et simplement la condition d'habitude.

LA CARACTÉRISATION DE CERTAINES OPÉRATIONS DE BANQUE

Souvent suscitées dans un contexte international, diverses problématiques rencontrées par les praticiens exigent de réexaminer et d'approfondir la nature de certaines activités et opérations au regard de leur conformité au monopole bancaire français.

- **Les cessions de créances.** Les cessions de créances (non échues) constituent clairement des opérations de crédit entre le cessionnaire (fournisseur du crédit) et le cédant (bénéficiaire du crédit). Lorsque la créance cédée est elle-même issue d'une opération de crédit (hypothèse d'une syndication dite secondaire), l'opération de cession de créance doit également être analysée du point de vue du monopole bancaire en ce qui concerne les relations entre le cessionnaire et le débiteur cédé/emprunteur. Cette relation doit à l'évidence être qualifiée d'opération de crédit dès lors que le cessionnaire reste tenu envers l'emprun-

teur de mettre des fonds à sa disposition : c'est le cas des syndications intervenant dans le cadre de crédits renouvelables ou *revolving*, ou encore d'ouvertures de crédit dans lesquelles la totalité des fonds n'a pas encore fait l'objet de tirages de la part de l'emprunteur. La question est plus discutable s'agissant des cessions de créances de prêts par hypothèse d'ores et déjà et intégralement mises à la disposition de l'emprunteur par le cédant. On peut dans ce cas s'interroger sur la qualification d'opération de crédit dans les relations entre le cessionnaire et l'emprunteur dès lors que celui-là, stricto sensu, ne met ni ne promet de mettre des fonds à la disposition de celui-ci.

2. Monopole et externalisation

L'essor récent de l'externalisation (ou *outsourcing*) de fonctions supports aux activités bancaires par les établissements de crédit, notamment dans le domaine de la gestion des moyens de paiement, fortement influencé par les développements technologiques, conduit à réexaminer et approfondir les définitions des opérations de banque afin de déterminer avec précision, parmi les prestations concourant à ces opérations, celles qui rentrent dans le champ du monopole bancaire et celles qui, au contraire, peuvent être fournies par des entités non réglementées, prestataires de services externalisés.

On notera à cet égard que dans le cadre de la réflexion proposée par le Committee of European Banking Supervisors, sur le thème de l'*outsourcing* par les établissements de crédit, il est proposé d'adopter des principes généraux aux termes desquels serait notamment interdite l'externalisation des fonctions stratégiques (qui restent à identifier précisément) telles que les fonctions de contrôle, supervision et gestion des risques.

- **Les sous-participations.** On sait que la qualification juridique des syndications intervenant sous la forme de sous-participations est incertaine. Du point de vue du monopole bancaire, il semble acquis que la convention de sous-participation en risques et trésorerie constitue une opération de crédit entre le sous-participant (fournisseur du crédit) et le participant (bénéficiaire du crédit). En va-t-il de même s'agissant des relations entre le sous-participant et l'emprunteur ? Si la pratique semble s'accorder pour consi-

¹ Remarquons au demeurant que la condition d'habitude est écartée par l'article 511-5 du Code monétaire et financier uniquement en ce qui concerne les opérations de réception du public de fonds à vue ou à moins de deux ans de terme.

“ Les praticiens sont fréquemment confrontés, à l’heure de la mondialisation, à la difficulté de déterminer dans quelle mesure une opération envisagée par un établissement de crédit étranger, et ayant un lien de rattachement avec le territoire français, respecte ou non le monopole bancaire français. ”

dérer que la réponse est positive en ce qui concerne les conventions de sous-participations qui créent un lien de droit entre le sous-participant et l’emprunteur, la situation est beaucoup plus incertaine en ce qui concerne les conventions de sous-participations dites « occultes » ou *undisclosed*, qui ne créent aucun lien de droit entre le sous-participant et l’emprunteur. Il semble approprié de considérer que ces dernières, strictement limitées quant à leur portée et leurs effets juridiques aux relations entre le sous-participant et le participant, ne devraient pas être constitutives d’une opération de crédit entre le sous-participant et l’emprunteur, tiers à la convention.

LE PÉRIMÈTRE TERRITORIAL DU MONOPOLE BANCAIRE FRANÇAIS

Vingt ans après la promulgation de la Loi bancaire, on constate que des progrès restent à accomplir quant à la définition du périmètre territorial d’application du monopole. Les praticiens sont ainsi fréquemment confrontés, à l’heure de la mondialisation, à la difficulté de déterminer dans quelle mesure une opération envisagée par un établissement de crédit étranger, et ayant un lien de rattachement avec le territoire français, respecte ou non le monopole bancaire français. Il en va ainsi, en particulier, des opérations de syndication bancaire internationale. Songeons, par exemple, aux syndications intervenant sous la forme de cessions de créances ou encore de sous-participations occultes entre, d’une part, un cédant ou participant établi en Europe et intervenant en France sur la base du passeport bancaire, et d’autre part un cessionnaire ou sous-participant non habilité pour l’exercice d’activités bancaires dans notre pays. C’est dans ce cadre en particulier que l’appréhension, du point de vue du monopole bancaire, des opérations de cessions de créances et de sous-participations s’est révélée nécessaire.

Il arrive également fréquemment que la question du monopole bancaire français complique substantiellement la mise en place de crédits consortiaux internationaux consentis à des groupes de sociétés exerçant principalement leurs activités à l’étranger : la pratique tendant

à faire de l’ensemble des filiales du groupe des co-emprunteurs ou des codébiteurs solidaires au titre du crédit imposerait, en présence d’une ou plusieurs filiales françaises co-emprunteurs, à l’ensemble des prêteurs d’être agréés en France pour l’exercice des activités bancaires. Inversement, la question se pose parfois de savoir si une entité française peut valablement, au regard du monopole bancaire français, participer à une opération de crédit, par hypothèse non réglementée, à l’étranger.

Les facteurs de rattachement des opérations de crédit au territoire français sont techniquement multiples : loi applicable à la convention de crédit, lieu de négociation et de signature du contrat, nationalité ou domicile de l’emprunteur, lieu de mise à disposition des fonds, etc. Trop souvent on constate que l’analyse de ces facteurs tend à s’identifier avec celle qui prévaut lorsqu’il s’agit de localiser l’opération pour les besoins de la détermination de la loi applicable au contrat. Or, il semble que la démarche ici doive être différente : l’appréciation « pondérée » des facteurs de rattachement pertinents pour localiser l’opération en vue de l’application du monopole bancaire doit être fondée avant tout sur les objectifs poursuivis par le monopole. Doit-on interdire à un résident français de consentir un crédit à l’étranger, à une société étrangère, alors que par hypothèse cette activité n’est pas réglementée à l’étranger ? De même, est-il souhaitable, par exemple, d’empêcher une société française de solliciter un crédit à l’étranger, auprès d’un établissement non agréé en France, pour financer une acquisition ou un projet à l’étranger ? Les autorités bancaires françaises ont eu l’occasion d’indiquer (sous les réserves d’usage...) aux praticiens que le facteur essentiel de rattachement, de leur point de vue, devait être le lieu de la mise à disposition (et de l’utilisation effective) des fonds. C’est une première approche, raisonnable à notre avis, de la problématique de la délimitation territoriale du monopole bancaire français. Elle doit être développée et approfondie pour appréhender toute la diversité et la complexité des opérations intervenant dans un contexte international. ■