

Master 2 Droit des affaires, spécialité Banque & Bourse

Université du Maine

Promotion 2013/2014

Les opérations de financement et les incertitudes du monopole bancaire en France

Veronika KOVALIKOVA

Sous la direction de : **M. Hervé KENSICHER** et **M. Serge RASTORGOUEFF**

SOMMAIRE

	Page
INTRODUCTION	5
I. LA LICÉITÉ INCERTAINE DES OPÉRATIONS DE CRÉDIT INTRA-GROUPE : DES TEXTES IMPRÉCIS À L'ORIGINE DE PRATIQUES ALÉATOIRES SOUMISES À L'ARBITRAIRE DES AUTORITÉS	7
A. La détermination problématique du champ d'application des opérations de crédit autorisées par l'article L. 511-7-3° du Code monétaire et financier.....	8
B. Le chevauchement des textes imprécis : l'exploitation par la pratique des incertitudes sur l'application de l'article L. 312-2 1° du Code monétaire et financier	11
II. LE CARACTÈRE SYNTHÉTIQUE DES TEXTES SUR LE MONOPOLE BANCAIRE DANS LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT AUX ENTREPRISES PAR LES ACTEURS EXTÉRIEURS AU GROUPE.....	14
A. Le monopole bancaire : la limitation de la compétitivité du marché français dans le contexte de la globalisation des affaires	15
B. La justification difficile de la pertinence de l'existence du monopole bancaire dans son état actuel	20
CONCLUSION	26
BIBLIOGRAPHIE.....	27

Orrick, Herrington & Sutcliffe est un cabinet d'avocats international spécialisé dans les secteurs de la technologie, de l'énergie et des services financiers. Reconnu mondialement pour la qualité de ses prestations, Orrick fait aujourd'hui partie des 20 plus grands cabinets d'avocats au monde selon la revue Law360¹. Avec sa plateforme, composée de 25 bureaux répartis dans 9 pays, ce cabinet d'affaires international offre à ses clients une combinaison attractive entre la compréhension des facteurs locaux et la portée globale des opérations qu'il traite dans 5 secteurs principaux: Droit des sociétés, Énergie & Infrastructures, Finance, Propriété Intellectuelle et Contentieux. Le cabinet parisien Orrick Rambaud Martel² s'inscrit dans ce réseau de 25 bureaux.



Le département *Banking and Finance* représente une part importante de l'activité du bureau parisien. Il intervient notamment dans les domaines du financement maritime et immobilier, du financement d'acquisition, du financement bancaire, des partenariats publics privés (connus sous l'abréviation PPP), du droit boursier et financier, etc.

Le département mène une activité diversifiée dans le cadre de laquelle les avocats rencontrent de nombreuses problématiques pratiques d'application de la réglementation française et de conformité aux règles régissant les relations d'affaires internationales. La présente étude participe au développement d'un sujet épineux portant sur la confrontation des opérations de financement des sociétés à la législation bancaire française actuelle relative au monopole bancaire.

¹ <http://www.orrick.com/About/Rankings-Awards/Pages/default.aspx>

² Le cabinet Rambaud Martel a fusionné avec le cabinet Orrick le 1^{er} janvier 2006 ;
<http://www.orrick.com/offices/paris/Pages/default.aspx>

Introduction de la problématique du monopole bancaire

Aujourd'hui, l'activité bancaire, et avec elle la notion du monopole bancaire, subit de nombreuses transformations. Son centre de gravité se déplace et le domaine réservé au monopole bancaire depuis 1984 semble se réduire, petit à petit, comme peau de chagrin³. Le triptyque traditionnel sur lequel le législateur a décidé de bâtir le monopole bancaire en 1984⁴ concernait la réception de fonds du public, l'octroi de crédit et la mise à disposition et la gestion de moyens de paiement. L'influence européenne transforme le droit bancaire et touche à la consistance même de la notion du monopole bancaire. Ce dernier voit son champ d'application de plus en plus limité par l'action du législateur européen, agissant sous l'emprise des besoins mondiaux de la vie des affaires et de la finance. En outre, les acteurs classiques bénéficiant du monopole subissent le jeu de la concurrence sur les marchés des moyens de paiement⁵ et des crédits⁶, notamment de la part des fonds d'investissement mis en place par les grandes compagnies d'assurance, et la liste des tempéraments et des dérogations ne cesse de s'allonger. Les questionnements des praticiens sur le fait de savoir si le principe de monopole a toujours sa raison d'être⁷, trouvent ainsi leurs justifications.

Or, à l'heure actuelle, non seulement les règles relatives au monopole bancaire existent toujours mais, de surcroît, elles continuent à poser des problèmes aux praticiens dans l'exercice de leur activité de conseil et d'assistance à la structuration d'opérations de financement. Ces problèmes, présents depuis 1984 et toujours pas résolus, n'ont pas réussi à attirer l'attention

³ M. Roussille, « *Que reste-t-il du monopole bancaire ?* » in Mélanges AEDBF-France, RB Éditions 2013, p. 607.

⁴ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, art. 1er, al. 2.

⁵ La création, par la Directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007, de l'Espace européen des paiements connu sous l'acronyme de « *Sepa* » pour Single Euro Payments Area, vient de restreindre le monopole bancaire en matière de moyens de paiements.

⁶ L'ordonnance n° 2013/544 du 27 juin 2013, transposant au niveau national des exigences prudentielles de Bâle III, prévoit un monopole partagé pour ce type d'opérations de banque entre les sociétés de financement et les établissements de crédit. De surcroît, de nombreuses exceptions au monopole bancaire existent et permettent d'effectuer les opérations de crédit par d'autres acteurs que ceux visés à l'article L.511-5 du Code monétaire et financier.

⁷ Parmi tant d'autres, voir l'intervention de Dominique Legeais au colloque organisé par le CEDAG de l'université Paris Descartes le 30 mai 2013 sur le thème « *Le renouvellement des principes fondamentaux du droit bancaire* ».

suffisante du législateur au fil des réformes, laissant les praticiens dans le doute sur les qualifications et la manière de procéder lors des opérations de financements des entreprises susceptibles d'être incluses dans le champ d'application du monopole bancaire. En effet, les textes restent vagues et la pratique manque de définitions claires et, surtout, uniformes des conditions que contiennent des textes sur le monopole bancaire. Les règles d'ordre public ou lois de police qui constituent le cadre du monopole présentent un enjeu important en pratique et laissent les praticiens perplexes quant à leur signification exacte créant ainsi des doutes sur la licéité même de certaines opérations.

La législation bancaire réserve aux établissements agréés visés à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier le monopole de la réalisation à titre habituel des opérations de banque⁸. Ces dernières sont définies de façon énumérative et limitative à l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier et comprennent la réception de fonds remboursables au public, les opérations de crédit et les services bancaires de paiement. L'objectif de cette législation d'ordre public est de protéger les intérêts légitimes du marché français, plus précisément, l'intérêt général et celui de la profession de banquier. À titre d'illustration et parmi d'autres finalités qui lui sont assignées, le monopole bancaire est censé assurer le respect des contraintes prudentielles dont l'objectif premier est de limiter le risque systémique lié à l'interconnexion des prêteurs en cas de faillite de l'un d'entre eux. Il s'agit de la volonté d'encadrer le *shadow banking*, qui échappe aux règles du monopole bancaire au nom de l'intérêt du système financier mondial⁹.

Afin de ne pas rendre le système trop rigide, ce qui pourrait faire perdre au marché français son attractivité, le législateur a prévu un certain nombre d'exceptions au monopole bancaire, qui laissent aux acteurs un degré de latitude. Ainsi, l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier prévoit des dérogations au profit de certaines personnes. Dès lors qu'une opération de banque est effectuée par une des personnes énumérées expressément par la loi, les interdictions

⁸ L'article L.511-5 du Code monétaire et financier précise qu'« *il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Il est, en outre, 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.* »

⁹ Article Le Monde du 8 mai 2013.

d'exercice des opérations de banque liées au monopole bancaire n'ont pas vocation à s'appliquer. La loi dresse, également, une liste des exceptions au bénéfice, cette fois-ci, de toute entreprise pour certaines opérations de banque, et cela notamment aux articles L. 511-7 et L. 312-2 du Code monétaire et financier. Si une opération s'inscrit dans le champ d'application d'une des exceptions mentionnées aucune violation du monopole bancaire ne peut alors être caractérisée.

En pratique, il est primordial que les acteurs de la vie des affaires s'assurent qu'une opération envisagée ne viole point le monopole bancaire, car le législateur a prévu des sanctions lourdes. Sur le plan pénal¹⁰, l'article L. 571-3 du Code monétaire et financier institue les sanctions pénales du délit d'exercice illégal de la profession de banquier caractérisé par la violation du monopole bancaire. En effet, cette disposition punit de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende le « fait, pour toute personne, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L. 511-5 et L. 511-8 ». Les personnes morales peuvent, quant à elles, se voir infliger une amende de 1 875 000 euros. L'existence des sanctions pénales pour toute violation caractérisée du monopole bancaire souligne l'importance des règles qui le régissent.

En ce qui concerne plus particulièrement le domaine du financement, les acteurs doivent, eux aussi, conformer leurs comportements aux exigences et impératifs imposés par la législation bancaire sur la question du monopole telle que décrite ci-dessus. Le financement des sociétés touche directement à une des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, à savoir celle des opérations de crédit. En principe, ces dernières ne peuvent être effectuées que par les établissements visés à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier et ayant obtenu un agrément ou agissant en libre établissement ou en libre prestation de

¹⁰ Sur le plan civil, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, (...) n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus », Cass. ass. plen., 4 mars 2005, n°03-11.725 : *Bull. civ.* 2005, ass. plen., n°2 ; *JCP E* 2005, 690, note Th. Bonneau. Solution réaffirmée maintes fois depuis, voir par exemple Cass. Comm., 16 janv. 2013, n° 05-12.081 ou encore Cass. comm., 19 févr. 2013, n° 11-27124, 12-10184, 12-14365, 12-14515, 12-15428, *D.* Toute sanction civile n'est cependant pas exclue, le délit d'exercice illégal de la profession de banquier pouvant causer à des particuliers un préjudice personnel de nature à fonder l'exercice d'une action en responsabilité (1^{re} Civ., 30 mars 1994, pourvoi n° 92-16.797, *Bull.* 1994, I, no 125) ou de l'action civile devant la juridiction répressive (Crim., 9 mai 1972, pourvoi n° 71-90.997, *Bull. crim.* 1972, n° 158 ; Crim., 7 novembre 1989, pourvoi n° 88-84.058, *Bull. crim.* 1989, n° 393 ; Crim., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-83.514, *Bull. crim.* 2004, no 147).

services en vertu d'un passeport européen. Les opérations de crédit, quant à elles, sont définies à l'article L. 313-1 comme « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ». La notion « d'opération de crédit » est entendue de manière large, couvrant de nombreuses opérations qui sont ainsi attirées dans le champ d'application du monopole bancaire¹¹.

Cependant, afin de répondre à des nécessités pratiques et économiques et de ne pas rendre le système français trop rigide, le législateur a prévu un certain nombre d'exceptions selon lesquelles certaines opérations de financement des besoins des entreprises peuvent échapper à l'application de la réglementation française sur le monopole bancaire. Le Code monétaire et financier pose quelques exceptions au monopole bancaire dans le domaine des crédits et/ ou de la mise à disposition des fonds. Vu l'existence du risque important que présentent les sanctions pénales lourdes mentionnées ci-dessus, les acteurs ont besoin de qualifier avec précision, d'une part, le champ d'application du monopole et, d'autre part, le champ des dérogations prévues.

Or, il semble que la pratique rencontre des problèmes qui n'ont pas trouvé de solutions législatives claires et cela même après trente ans d'application de la réglementation bancaire concernant le monopole bancaire et de nombreux textes intervenus depuis en la matière. Au vu de la gravité des sanctions, nous pourrions nous attendre, légitimement, à ce que le législateur prenne le soin de circonscrire avec minutie et précision des conditions d'application des règles du monopole, afin de mettre fin à toute ambiguïté. L'importance de la matière justifierait l'existence d'une interprétation uniforme des règles, évitant tout usage opportuniste de celles-ci en fonction de l'hypothèse et/ou du contexte dans lequel elle s'inscrit. Étant donné les enjeux de la notion du monopole bancaire, la rédaction des textes devrait être la plus précise possible, en ne laissant

¹¹ Cette interprétation est conforme à l'intention du législateur qui, dans les travaux préparatoires à la loi du 24 janvier 1984 relève que « la définition de crédit sera extensive et inclura notamment des techniques telles que le crédit différé, le crédit-bail et plus généralement la location assortie d'option d'achat, l'affacturage et tout procédé de mobilisation de créance existant ou à créer. » Rapport du Sénat n°486, deuxième session extraordinaire de 1982-83, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 juillet 1983, p. 7.

aucune place à la liberté d'interprétation. Or, tel n'est pas le cas. De nombreux auteurs ont fait remarquer les incertitudes qui demeurent dans l'activité quotidienne des professionnels du fait du caractère trop synthétique des textes relatifs au monopole bancaire¹². Nous pouvons nous interroger, légitimement, sur le fait de savoir si cette pauvreté du régime du monopole bancaire liée à l'utilisation des termes insuffisamment définis n'est pas constitutive d'une imprévisibilité trop importante pour les acteurs de la vie des affaires, amenant à une insécurité juridique et nuisant, par crainte d'illicéité des opérations envisagées, à l'attractivité du marché français.

En effet, le caractère synthétique des textes portant sur le monopole bancaire et son régime pose beaucoup de problèmes aux praticiens lors des opérations de financement, en les mettant dans la situation inconfortable du conseil qui subit la pression d'acteurs de marché lui imposant de suivre la pratique de marché et qui s'interroge sur leur licéité au vu de la réglementation bancaire. La pratique n'est pas à l'abri de l'interprétation fluctuante et de l'application opportuniste des règles en fonction du cas traité. Aujourd'hui, ni les juges ni les autorités de tutelle n'ont procédé à l'adoption de positions qui permettraient de dégager une interprétation uniforme assurant une prévisibilité d'application des règles sur le monopole bancaire. Cette pauvreté du régime du monopole bancaire peut générer des décisions discrétionnaires et opportunistes des autorités et par ce biais nourrir les hésitations et les questionnements des acteurs face à la possible invalidation des montages de leurs opérations de financement. Ces incertitudes semblent être fréquentes dans le domaine du financement des sociétés tant dans les opérations de crédit intragroupes (I.) que dans celles structurées par le biais d'intervention des acteurs extérieurs à la société ou au groupe (II.).

¹² Par exemple Dominique Legeais, Jérôme Lasserre Capdeville, Eran Chvika, Jean-Claude Hallouin et autres.

I. LA LICÉITÉ INCERTAINE DES OPÉRATIONS DE CRÉDIT INTRA-GROUPE : DES TEXTES IMPRÉCIS À L'ORIGINE DE PRATIQUES ALÉATOIRES SOUMISES À L'ARBITRAIRE DES AUTORITÉS

Le crédit est une opération réservée aux établissements visés à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier. Cependant, le législateur, conscient de la nécessité pour les entreprises de recourir à ce mode de financement, a expressément restreint le champ d'application du monopole bancaire en y apportant une exception, abondamment exploitée par la pratique, sous forme de l'autorisation des opérations de crédit intra-groupe. Par conséquent, les entreprises peuvent effectuer des opérations de trésorerie, sous réserve des conditions imposées par l'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier, sans avoir à craindre les sanctions pénales de la violation du monopole bancaire. Les sociétés appartenant à un même groupe font souvent appel à ce type de financement, restreignant ainsi le recours au financement bancaire. Toutefois, l'application dudit texte n'est point évidente en pratique. La rédaction trop synthétique crée de nombreuses incertitudes sur le plan d'application de cette dérogation (A). Dans le silence des textes et des autorités sur la portée exacte des notions, la pratique exploite les lacunes lors de la structuration des opérations de financement intra-groupe. Les acteurs de marché ont tendance à mettre à leur profit les imprécisions textuelles et à élargir, par ce biais, le champ d'application de la dérogation légale au monopole bancaire. C'est ainsi que le champ des opérations de trésorerie intra-groupe s'élargit aux opérations visées par une autre exception au monopole bancaire, celle de l'article L. 312-2 1^o¹³ du Code monétaire et financier relatif aux fonds reçus ou laissés pour compte de la société (B).

¹³ Article L.312-2 relatif à la définition des « fonds remboursables du public » et aux exceptions: « [...] Toutefois, ne sont pas considérés comme fonds remboursables du public : 1. 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 fonds provenant de prêts participatifs ; [...] ».

A. La détermination problématique du champ d'application des opérations de crédit autorisées par l'article L. 511-7-3° du Code monétaire et financier

L'article L. 511-7-3° du Code monétaire et financier constitue une dérogation légale au monopole bancaire, faisant l'objet d'une utilisation quasi-quotidienne au sein des groupes de sociétés. Il s'agit d'une pratique habituelle et a priori licite au vu de la réglementation bancaire.

Cependant, le texte ne fournit pas une définition suffisamment précise pour éviter toute interprétation et, par là même, tout risque d'invalidation d'une opération de trésorerie intra-groupe. En effet, l'article contient de nombreuses notions dont la portée reste incertaine à l'heure actuelle. L'article dispose que les « *interdictions définies à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse : [...]*

3. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une d'entre elles un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ; [...] ». Un texte portant une exception légale à une règle d'ordre public devrait être rédigé d'une manière claire, sans laisser une place à l'interprétation des autorités et à une adaptation en pratique favorable au but poursuivi par les acteurs du marché. Or, en matière du monopole bancaire, ce n'est point le cas. De nombreuses notions sont génératrices de questionnement, mettant les praticiens dans une situation délicate d'interprétation.

D'abord, les difficultés concernent la notion même de l'opération de trésorerie qui n'est pas définie par les textes. Comme le précise Thierry Bonneau¹⁴ « *la notion d'opération de trésorerie n'est guère explicite* ». Les autorités bancaires et administratives ont penché pour une interprétation extensive¹⁵. Même si aujourd'hui le débat semble être clos sur ce point, un auteur

¹⁴ Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2013, 10e éd., n° 272.

¹⁵ Dans une lettre au CNPF du 8 décembre 1985, la direction du Trésor s'appuie sur la *ratio legis* : « *il résulte (...) que le législateur a entendu assouplir les règles appliquées antérieurement de façon à faciliter toutes les opérations financières entre les sociétés d'un même groupe* ». La direction du Trésor admet que, par opérations de trésorerie, il faut entendre « *les deux types d'opérations de banque mentionnés à l'article 1er que sont la réception des fonds et les opérations de crédit, ces dernières comprenant les engagements par signature* ». Elle ajoute que « *pour l'application de l'article 12-3* » (devenu l'article L. 511-7 du Code monétaire et financier), la notion d'opération de trésorerie n'a

apporte une nuance à ce propos en soulignant que « *le tout est fait cependant sous réserve de l'interprétation souveraine des juges du fond. Il ne semble pas y avoir de jurisprudence*¹⁶. »

L'interprétation de la notion d' « opération de trésorerie » apparaît uniforme au vu des précisions des autorités. Cependant, toutes les incertitudes ne sont pas supprimées. Elles sont liées, selon J-C. Hallouin, à la liberté d'interprétation souveraine dont disposent les juges du fond. L'état actuel de la réglementation conduit à une imprévisibilité due aux interprétations fluctuantes, selon le cas d'espèce, de la notion d'opérations de trésorerie intra-groupe par les juges, et donc aux incertitudes de la pratique.

Ensuite, les incertitudes entourent également la notion de « contrôle effectif ». La question qui se pose en pratique est celle de savoir si le contrôle effectif mentionné à l'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier devrait se réduire à la définition de l'article L. 233-3 du Code de commerce¹⁷ ou bien si cette notion du Code monétaire et financier englobe différentes hypothèses, dans quel cas une appréciation *in concreto* s'imposerait. Or, une appréciation au cas par cas contribue à un certain degré d'imprévisibilité. La pratique n'applique pas cette définition en matière du monopole bancaire en se fondant sur l'argument selon lequel une proportion

pas été utilisée pour exclure les opérations de long terme ou la délivrance de cautions. Le Comité de la réglementation bancaire dans son rapport pour l'année 1987 a adopté la même position.

¹⁶ J-C. HALLOUIN, « *Centralisation de Trésorerie* », Fasc. 80 : Groupe de sociétés ; JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse ; 1er mars 2006 (actualisé en 2014).

¹⁷ Selon l'article L. 233-3 du Code de commerce : « I. - Une société est considérée, [...], comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. »

inférieure aux pourcentages visés à l'article L. 233-3 du Code de commerce peut être suffisante pour contrôler une entreprise au sens de l'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier. En effet, le contrôle que peut exercer une société sur une autre ne nécessite pas toujours une détention importante du capital social.

En résumé, quant à la notion de « contrôle effectif » de l'article L. 511-7 3°, les incertitudes dues à la rédaction vague de ce texte se manifestent sur deux plans. D'une part, les incertitudes perdurent quant au recours possible à l'article L. 233-3 du Code de commerce. Si la pratique n'en fait pas une condition essentielle dans les opérations de crédit intra-groupe, rien n'empêche les juges de s'en inspirer dans un cas ou dans un autre. D'autre part, le fait d'écarter les dispositions du Code de commerce confère aux autorités une liberté qui pourrait aboutir à une application discrétionnaire de la notion de « contrôle effectif ». Dans les deux hypothèses, les opérations de trésorerie intra-groupe ne sont pas à l'abri d'une interprétation opportuniste, ce qui rend aléatoire la licéité de ces opérations de financement. Cela n'est point rassurant pour les acteurs de marché qui ne peuvent se reposer sur aucune définition uniforme qui serait d'application générale.

Enfin, la notion de « lien de capital » peut poser quelques difficultés. Celles-ci apparaissent lorsque les titres de la filiale détenus par la société mère sont donnés en fiducie-sûreté. L'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier dispose qu'il peut être « *procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle [...] des liens de capital [...]* ».

Lors des structurations des opérations de crédit intra-groupe, la pratique doit s'assurer que ce lien de capital existe. Or, la loi bancaire ne fournit pas plus de précisions et les praticiens peuvent se retrouver face à des problèmes d'interprétation et donc d'application de cette exigence de l'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier. En matière de fiducie-sûreté, les titres d'une filiale peuvent être donnés en garantie et de ce fait transférés dans le patrimoine fiduciaire sur lequel le bénéficiaire de la fiducie-sûreté acquiert un droit de propriété à titre de garantie¹⁸. Cela étant dit, se pose la question de savoir si la société mère peut continuer à effectuer les opérations de trésorerie intra-groupe au bénéfice de cette filiale. Il est justifié de se demander si les autorités vont considérer que le lien de capital a été rompu du fait de l'acquisition à titre de garantie par le

¹⁸ La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030.

bénéficiaire de la propriété des titres. La réglementation bancaire ne prévoit rien. Une fois de plus, les règles bancaires imprécises créent des incertitudes et ne facilitent pas la structuration des opérations de financement au sein d'un groupe de sociétés.

Finalement, les praticiens recourent abondamment à des opérations de financement intra-groupe sans avoir la certitude sur le caractère licite des opérations, à défaut des définitions claires entourant cette exception au monopole bancaire. Les autorités, quant à elles, n'ont procédé à aucune interprétation uniforme de cet article. Par conséquent, les praticiens sont confrontés lors des structurations quotidiennes des opérations de crédit intra-groupe à une imprévisibilité liée au risque d'une interprétation défavorable *ex post*. À défaut d'un texte précis, le risque pénal persiste pour les acteurs de marché.

Non seulement les incertitudes de la pratique liées à la pauvreté des textes sur le monopole bancaire font supporter aux acteurs de marché un risque pénal relatif à la disqualification des opérations de trésorerie intra-groupe, elles permettent, en outre, à ces derniers de mettre à leur profit les imprécisions textuelles et à élargir, par ce biais, le champ d'application de la dérogation légale au monopole bancaire.

B. Le chevauchement des textes imprécis : l'exploitation par la pratique des incertitudes sur l'application de l'article L. 312-2 1° du Code monétaire et financier

L'article L. 312-2 1°¹⁹ institue également une dérogation au monopole bancaire. Elle concerne un autre type d'opérations bancaires au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, celles de réception de fonds remboursables du public. Cette dérogation bénéficie aux personnes remplissant un certain nombre de conditions. Selon l'article précité, la réception de fonds n'est pas soumise au monopole bancaire et, par conséquent, peut être effectuée, de manière

¹⁹ Voir sous la note de bas de page numéro 13.

tout à fait licite, par d'autres personnes que celles visées à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier dans deux hypothèses. D'une part, il s'agit des fonds reçus des opérations qualifiées de prêts participatifs. D'autre part, le monopole bancaire ne s'applique pas aux « *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 [...]* ».

Dans le cadre des opérations de crédit intra-groupe, il peut arriver que la pratique se serve des conditions moins exigeantes de l'article L. 312-2 1° du Code monétaire et financier pour effectuer les opérations de crédit autorisées uniquement en vertu de l'article L. 511-7 3° du même code. Plus précisément, il s'agit de l'hypothèse où les fonds reçus par la société le sont dans le cadre d'un compte-courant d'associé qui est une des techniques habituelles de financement des sociétés. Ce dernier est défini comme la mise à disposition des fonds à la société par ses actionnaires, cette mise à disposition étant à terme et le plus souvent rémunérée par des intérêts. De par cette définition, le compte courant d'associé constitue un prêt à titre onéreux octroyé par une personne autre que les établissements visés à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier. Le problème concret qui se pose en pratique est celui de savoir si le dépôt des fonds reçus par la société dans le cadre d'un compte-courant d'associé doit être qualifié d'une opération de trésorerie.

Toutes les incertitudes qui entourent le monopole bancaire et la délimitation exacte du champ d'application des dérogations légales, permettent aux praticiens d'exploiter l'incertitude relative à l'application alternative ou cumulative des deux dispositions dérogatoires au monopole bancaire (les articles L. 511-7 3° et L. 312-2 1° du Code monétaire et financier). Logiquement, dans l'hypothèse des fonds reçus ou laissés pour compte de la société sous forme d'un compte courant d'associé, il ne s'agit pas d'un dépôt au sens strict du terme tel que défini à l'article L.312-2 1° et, par conséquent, les conditions de validité d'un prêt intra-groupe de l'article L.511-7 3° devraient s'appliquer. Il s'agit notamment des conditions relatives à l'exigence du contrôle effectif. Comme exposé ci-dessus, cette notion ne reçoit aucune définition précise. Néanmoins, il semble insensé d'affirmer que la détention de 5% du capital social permettrait de caractériser

l'existence d'un contrôle effectif et donc de valider les opérations de crédit au profit de la société par ses associés ou actionnaires détenant au moins 5% du capital social.

Dans le silence des textes, une préférence des acteurs de marché pour l'application alternative peut être constatée. Dans un tel cas, une personne qui ne dispose pas de contrôle effectif exigé par L. 511-7 3° mais qui détient au moins 5% du capital social pourrait effectuer des opérations de crédit au profit de la société (contrairement à la lettre de l'article L.511-7 3° qui impose que le contrôle effectif soit caractérisé). Les textes restent incertains. Les autorités n'ont apporté aucune précision d'application générale sur cette question.

De surcroît, une incohérence des textes peut être observée. Une application alternative de ces deux textes autoriserait les crédits intra-groupe accordés par une personne disposant seulement de 5% du capital social. En revanche, une application cumulative aurait pour conséquence de rendre largement inapplicable l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier en ce qui concerne la condition des 5%, largement insuffisants pour caractériser le contrôle effectif nécessaire pour valider les opérations de trésorerie de l'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier.

En résumé, le silence des textes et des autorités sur la portée exacte des notions permet à la pratique d'exploiter les lacunes lors de la structuration des opérations de financement intra-groupe. Les acteurs de marché peuvent être tentés à mettre à leur profit les imprécisions textuelles et à élargir, par ce biais, le champ d'application de la dérogation légale au monopole bancaire telle qu'instituée par l'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier. Le législateur et les autorités demeurent passifs sur ce terrain et les acteurs, quant à eux, encouragés par la pratique de marché, continuent à structurer des opérations de financement des sociétés *via* un compte-courant d'associé dont la licéité n'est pas à l'abri des critiques au regard de la réglementation sur le monopole bancaire.

Le caractère imprécis des textes sur le monopole bancaire et son régime pose un nombre important de problèmes concrets aux praticiens lors de nombreuses structurations des opérations

de financement des sociétés. Des opérations de financement intra-groupe sont marquées plusieurs incertitudes qui ne permettent pas d'écarter tout risque d'invalidation et donc de sanction lourde. Les termes vagues et synthétiques, le risque de leur interprétation opportuniste et aléatoire et les doutes sur la validité de certaines opérations de crédit, tels sont les éléments qui constituent les facteurs négatifs également aux yeux des investisseurs extérieurs au groupe.

II. LE CARACTÈRE SYNTHÉTIQUE DES TEXTES SUR LE MONOPOLE BANCAIRE DANS LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT AUX ENTREPRISES PAR LES ACTEURS EXTÉRIEURS AU GROUPE

Dans le contexte de la globalisation, il est essentiel que les règles bancaires ne cloisonnent pas le marché des financements réalisés en France et cela dans l'intérêt de la compétitivité de la place de Paris²⁰. Or, il semble qu'il existe de nombreux éléments liés au monopole bancaire qui restreignent l'attractivité du marché français. Tous ces éléments trouvent leur origine dans les termes vagues et imprécis employés dans la législation sur le monopole bancaire et dans l'application relativement vaste du monopole bancaire à des opérations de financement (et de refinancement) qui devraient profiter d'une certaine ouverture conformément au développement du financement en général au niveau international. La réglementation bancaire manque ainsi de souplesse nécessaire pour un tel développement. Ce contexte fait peser sur les acteurs une menace de sanctions pénales lourdes. Les règles françaises sur le monopole bancaire, synthétiques et imprécises, tendent à ériger une barrière excessive à l'égard des opérations de financement en France (A.). La réglementation bancaire française telle que décrite ci-dessus peut paraître injustifiée dans le contexte international de la vie des affaires. Les acteurs s'interrogent sur la raison d'être des règles relatives au monopole bancaire dont la pertinence pourrait, dans certaines hypothèses, être remise en cause (B.).

²⁰ Jean-François ADELLE, « *Le monopole bancaire constitue-t-il une restriction excessive aux crédits syndiqués en France ?* », Revue du Droit bancaire et financier n° 2, mars 2005.

A. Le monopole bancaire : la limitation de la compétitivité du marché français dans le contexte de la globalisation des affaires

Le caractère synthétique des textes portant sur le monopole bancaire se manifestent également dans le domaine des opérations de crédit effectuées par des acteurs extérieurs au groupe de sociétés. Plusieurs illustrations permettent de se rendre compte que le marché français de financement perd en attractivité à cause du manque de réglementation ou à cause de l'existence des règles incertaines qui manquent d'une interprétation uniforme permettant une application généralisée nécessaire afin d'assurer la sécurité juridique de ces acteurs.

D'abord, les incertitudes de la pratique demeurent sur le terrain des opérations effectuées sur le marché interbancaire. Afin de pouvoir procéder aux opérations de crédit (à court terme) sur ce marché, les entités intervenantes doivent avoir la qualité d'un établissement de crédit. Cela signifie qu'elles ont soit obtenu un agrément des autorités françaises²¹, soit elles agissent en qualité d'établissements passeportés au sens de la 2e directive européenne du 15 décembre 1989²². Le problème réside dans la qualification incertaine des établissements étrangers à l'Espace économique européen. La question qui se pose en pratique est celle de savoir si ces derniers ont la qualité d'établissements de crédit autorisés à procéder à des opérations de crédit sur le marché interbancaire qui, elles aussi, sont couvertes par les dispositions de l'article L.311-1 du Code monétaire et financier. Le manque d'une solution claire et générale sur ce point entraîne une certaine insécurité juridique pour les acteurs en provenance des États tiers²³. À défaut d'une réglementation, les autorités disposent d'un pouvoir discrétionnaire de qualification, ce qui pourrait conduire à des solutions arbitraires et opportunistes en fonction de l'entité et du contexte dans lequel la question de la qualification sera traitée.

²¹ Les articles L. 511-9 et suiv. du Code monétaire et financier.

²² La 2e directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, qui pose le principe de l'agrément unique en vertu duquel un établissement agréé dans un État membre peut effectuer les opérations couvertes par celui-ci dans d'autres États membres en libre prestation de services ou en libre établissement.

²³ La notion d' « États tiers » signifie les États extérieurs à l'Espace économique européen.

Le même problème de la qualification d'un établissement étranger d'établissement de crédit autorisé à procéder aux opérations de crédit en France, existe en matière des crédits syndiqués. La syndication des crédits a gagné en importance ces dernières années²⁴. Or, la législation actuelle incertaine rend aléatoire la licéité de celle-ci dans l'hypothèse où un établissement étranger y participerait. Le problème de l'interprétation discrétionnaire et opportuniste par les autorités reste entier ce qui peut compromettre l'attractivité du marché français et par là restreindre les possibilités de financement pour les sociétés.

Ensuite, les acteurs se heurtent aux difficultés dues au manque des dispositions claires concernant les opérations sur le marché secondaire du prêt. Dans le contexte actuel du renforcement des normes prudentielles et de globalisation des financements, des établissements de crédit envisagent de céder à des entités « *non bancaires*²⁵ » des créances non échues qu'ils détiennent sur les emprunteurs français voire les contrats de prêt eux-mêmes²⁶. Une perte potentielle de l'attractivité du marché français est liée essentiellement aux deux problèmes rencontrés en pratique. D'une part, il s'agit des difficultés qui existent en matière de cession de créances de prêt non échues à des entités ne bénéficiant ni d'un agrément français, ni d'un passeport européen. D'autre part, il s'agit des incertitudes quant aux réaménagements des modalités des contrats de prêt après leur cession à une entité étrangère.

Quant aux cessions de créances non échues, les problèmes apparaissent dans l'hypothèse d'une cession à une entité extérieure à l'Espace économique européen ou à des investisseurs non bancaires. Une telle cession est susceptible d'être qualifiée d'opération de crédit et de tomber ainsi sous le coup d'une violation du monopole bancaire. En effet, conformément à la jurisprudence tant administrative que judiciaire²⁷, une cession de créances non échues constitue

²⁴ Pour l'augmentation de volume des syndications en 2013 : <http://mediacommun.ca-cib.com/sitegenic/medias/DOC/751223/2014-interview-decideurs-jean-francois-balay.pdf>

²⁵ E. CHVIKA, « *L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire* » ; RDBF n° 5, sept. 2013, étude 23.

²⁶ La cession des contrats n'est possible en droit français qu'avec l'accord express du débiteur cédé : arrêt *Rougeot* du 6 mai 1997, n° 94-16335.

²⁷ Cass. crim., 20 févr. 1984 ; *Bull. crim.* 1984, n° 62 ; *RTD com.* 1984, p. 316, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié et CE, 8 juill. 1987, n° 47192.

une opération de crédit au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier entre le cédant et le cessionnaire. À titre d'illustration, le Conseil d'État a clairement retenu cette qualification dans l'arrêt du 8 juillet 1987²⁸ dans lequel il souligne que « *en donnant à ses clients la possibilité de céder au comptant des créances non encore exigibles, elle leur proposait des opérations de crédit* ». La Banque de France, quant à elle, s'est prononcée en faveur de l'interdiction de procéder à l'acquisition des créances non échues par des personnes non ressortissantes de l'Espace économique européen qui ne disposent pas d'un agrément en tant qu'établissement de crédit²⁹. De surcroît, l'ex-Comité de la réglementation bancaire et financière³⁰ a souligné qu'il est interdit à un établissement de crédit de céder ses créances à une entité autre qu'un établissement de crédit, un fonds commun de titrisation ou un fonds étranger assimilé à un fonds commun de titrisation³¹. Cela étant dit, nous pouvons observer une certaine rigidité de la réglementation bancaire sur ce point qui pourrait s'avérer nocif pour la compétitivité du marché français. Les cessions de créances de prêt non échues permettent aux établissements de crédit de gérer de manière active leur portefeuille de créances, notamment à des fins de refinancement, mais elles facilitent, également, la conformité aux règles prudentielles grâce au transfert du risque de non-recouvrement. Par conséquent, elles ne sauraient pas être constamment abordées avec une méfiance et ne devraient pas subir de manière systématique les sanctions pénales attachées à la violation du monopole bancaire. La compétitivité et l'attractivité du marché français se trouvent ainsi limitées par des règles sur le monopole bancaire interdisant le rachat des créances non échues. Aujourd'hui, les autorités françaises n'ont manifesté aucune volonté d'assouplir ou, au contraire, de confirmer cette position. Ainsi, une certaine liberté de structuration de ces opérations de financement semblerait exister. Elle est fondée sur une appréciation indulgente éventuelle des juges du fond soucieux de la réalité économique. Or, les acteurs de marché ne sauraient pas se reposer sur le seul espoir d'une interprétation favorable.

²⁸ CE, 8 juill. 1987, n° 47192.

²⁹ Lettre de la Banque de France du 25 novembre 2003.

³⁰ Aujourd'hui le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière.

³¹ La position adoptée dans le Règlement n° 85-17 du 17 décembre 1985 et applicable aux établissements de crédit français ainsi qu'à ceux ayant leur siège dans les autres États membres de l'Union européenne et intervenant en France à travers une succursale ou en libre prestations de services.

Comme l'écrit un auteur³² « dans l'attente d'un cadre juridique favorable, plus adapté aux réalités économiques, de telles pratiques restent sujettes à l'appréciation souveraine des tribunaux ». Un tel état de droit n'est point constitutif de sécurité juridique pour les acteurs et diminue l'attractivité du marché français.

D'autre part, quant à une cession d'un contrat de prêt à un établissement étranger, la pratique se pose des questions sur le point de savoir si une telle cession échappe aux règles sur le monopole bancaire dès lors que la totalité des fonds a été mise à la disposition de l'emprunteur français avant la cession. En outre, se pose également la question de savoir quelles seraient les conséquences d'un réaménagement des modalités du contrat de prêt cédé postérieurement à la cession. A priori, une telle cession ne devrait pas poser de problème dès lors que la mise à disposition des fonds au profit d'un emprunteur français a eu entièrement lieu avant la cession et par un prêteur autorisé au sens de l'article L.511-5 du Code monétaire et financier. En tout cas, telle est la position adoptée par la doctrine majoritaire³³. Cependant, un auteur attire l'attention sur le fait que cette solution n'a jamais été validée par les autorités et qu'il n'existe aucune décision de justice apportant une réponse claire sur ce point³⁴. Cela ne facilite point le travail des praticiens qui n'ont aucune certitude sur la licéité de telles opérations poursuivies conformément à la demande des acteurs de marché, en se fondant sur la seule opinion doctrinale majoritaire. En revanche, il est certain que dès lors que ce réaménagement a pour conséquence une nouvelle mise à disposition des fonds à l'égard de l'emprunteur établi en France (tel un crédit renouvelable, *crédit revolving* ou un prêt n'ayant pas encore été mis à la disposition de l'emprunteur français) l'opération tombera sous le coup du monopole bancaire³⁵. Or, dans l'hypothèse où il n'y a que le réaménagement des délais et/ou d'autres modalités du contrat (c'est-à-dire dans l'hypothèse où il

³² E. CHVIKA, « L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire » ; RDBF n° 5, sept. 2013, étude 23.

³³ La doctrine majoritaire soutient que la mise à disposition des fonds est un critère essentiel pour l'application des règles sur le monopole bancaire en matière de crédit car il se rattache à l'objet même de l'opération de crédit.

³⁴ E. CHVIKA, « L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire » ; RDBF n° 5, sept. 2013, étude 23.

³⁵ En effet, selon Jean-François Adelle, « les autorités bancaires françaises tendent à estimer (avis rendus aux praticiens) que les facteurs essentiels de rattachement sont le lieu de mise à disposition et celui d'utilisation effective des fonds. »

n'y a aucune nouvelle obligation créée à la charge du cessionnaire), la question demeure sans réponse. Les acteurs du marché ne disposent d'aucune certitude sur le fait qu'un tel réaménagement ne contreviendra pas au monopole bancaire. Faute de pouvoir justifier d'une prévisibilité et des solutions stables et uniformes, le marché secondaire de prêts en France perd de son attractivité aux yeux des acteurs financiers internationaux.

Le même problème que celui évoqué au sujet des cessions des participations sur le marché secondaire peut être observé dans le domaine des financements qui comprennent plusieurs tranches, impliquant différentes juridictions. Là encore, la loi bancaire ne prévoit pas expressément les contours du champ d'application du monopole bancaire quant aux différentes tranches de crédit. Comme le suggère Jean- François ADELLE « *il devrait être expressément prévu pour éviter toute incertitude que le monopole s'applique uniquement aux tranches françaises* ». Dans l'attente de telles précisions, la pratique continue à structurer l'ensemble de ces opérations dans l'incertitude quant à leur validité finale eu égard la réglementation bancaire.

Le monopole bancaire semble ériger des barrières aux opérations de financement et de refinancement. Ces barrières peuvent paraître injustifiées car elles défavorisent le marché français sur le plan international. Le monopole bancaire dans son état actuel semble ne plus répondre à la réalité économique qui se traduit par le besoin de souplesse et de rapidité. Dans le contexte actuel d'internationalisation des techniques de financement, il est de plus en plus difficile de défendre la pertinence de son existence sur certains points et cela d'autant plus que le législateur fournit aux acteurs d'autres moyens de financement qui ne sont pas soumis aux contraintes de la réglementation bancaire.

B. La justification difficile de la pertinence de l'existence du monopole bancaire dans son état actuel

Le monopole bancaire peut constituer un frein à l'attractivité du marché pour les personnes étrangères souhaitant participer au financement des besoins des sociétés en France. Certes, il contribue à la protection de l'intérêt général et des intérêts des établissements de crédit³⁶ mais cet argument pourrait être considéré comme insuffisant au vu des évolutions de la vie des affaires à l'échelle internationale. Les besoins de financement et la dynamique de globalisation semblent dicter une réadaptation des règles nationales protectrices, parmi lesquelles celles portant sur le monopole bancaire, afin d'accorder une plus grande marge de manœuvre aux acteurs de marché dans leurs opérations quotidiennes. Il n'est point question de la suppression du monopole bancaire³⁷, son existence même n'est pas remise en cause, mais seulement de sa réforme qui apporterait plus de précisions et « *un cadre juridique plus adapté aux réalités économiques* »³⁸. La question qui se pose est donc celle de savoir si l'existence de la réglementation bancaire dans son état actuel peut toujours justifier de sa pertinence au regard de l'évolution internationale de la vie des affaires. La raison d'être du monopole bancaire dans le domaine du financement des sociétés pourrait être partiellement remise en question. Le législateur a prévu, lui-même, des moyens de son contournement.

D'abord, les exceptions au monopole bancaire sont rédigées de manière vague, permettant aux acteurs de marché d'adapter la réglementation à leurs besoins. Une illustration se trouve dans l'article L.312-2 1° du Code monétaire et financier, développée ci-dessus, auquel les acteurs pourraient avoir recours pour procéder aux opérations de trésorerie.

Ensuite, le champ d'application de l'article phare de la réglementation bancaire, à savoir l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, n'est pas circonscrit de manière à permettre à la

³⁶ Cass. crim. , 11 févr. 2009 où les juges précisent que « [...] l'infraction à l'interdiction d'effectuer à titre habituel des opérations de banque ne porte atteinte qu'à l'intérêt général et à celui de la profession de banquier [...] ».

³⁷ Les intérêts protégés par la réglementation bancaire en justifient l'existence.

³⁸ E. CHVIKA, « *L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire* » ; RDBF n° 5, sept. 2013, étude 23.

pratique de savoir si une opération est, ou pas, couverte par le monopole bancaire. En effet, les incertitudes concernant le champ d'application du monopole bancaire peuvent être observées essentiellement sur deux points.

D'un côté, la délimitation du champ d'application territorial du monopole bancaire peut poser des problèmes aux praticiens. Les règles sur le monopole bancaire sont d'application territoriale. Autrement dit, la violation du monopole bancaire doit avoir lieu en France pour être répréhensible. Il semble que le critère principal de rattachement doit être le lieu de la mise à disposition des fonds en faveur de l'emprunteur et celui de l'utilisation effective des fonds. Effectivement, la Banque de France a considéré qu'il convenait de « *rechercher le lieu d'accomplissement de la prestation caractéristique du contrat* » qui doit être « *entendue comme la prestation pour laquelle le paiement est dû* »³⁹. Afin d'échapper au monopole bancaire, des structurations des opérations de financement et de refinancement par l'intermédiaire de leur délocalisation constituent une pratique du marché. Les imprécisions textuelles permettent aux acteurs de marché d'adopter une interprétation relativement souple afin de justifier de la licéité d'une opération de financement au regard de la réglementation bancaire. Néanmoins, il existe une incertitude quant à la validité de cette délocalisation. Mise à part de la fraude à la loi, cette pratique n'a jamais été validée par les autorités qui disposent d'un pouvoir d'interprétation discrétionnaire qui pourrait s'avérer opportuniste.

De l'autre côté, la pertinence de la réglementation bancaire telle qu'elle existe aujourd'hui peut être remise en cause vu l'impossibilité de déterminer précisément son champ d'application matériel. Le monopole bancaire concerne les trois opérations de banque définies à l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier. Or, la loi prévoit l'existence d'une autre condition afin de pouvoir caractériser une opération protégée par le monopole bancaire : l'habitude. L'article L.511-5 du Code monétaire et financier interdit « *à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel* ». Faute de pouvoir caractériser l'habitude dans l'accomplissement des opérations indiquées, une atteinte au monopole bancaire ne saurait pas être retenue. Par conséquent, à défaut de pouvoir caractériser

³⁹ Banque de France, Livre blanc, décembre 2000, « *Internet, quelles conséquences prudentielles ?* ».

l'habitude, le risque pénal est écarté. Cependant, là aussi, les textes ne fournissent aucune définition de l'habitude. La réglementation bancaire reste muette sur ce point. Le législateur n'a pas pris le soin de définir la notion d'habitude malgré l'importance qu'elle représente en matière du monopole bancaire et du danger de sanctions lourdes qu'elle fait peser sur les acteurs de marché. Les juges ont tenté d'apporter une réponse. Cependant, elle ne semble guère satisfaisante. Effectivement, les incertitudes demeurent et continuent à nourrir l'imprévisibilité en la matière sur deux aspects. Tout d'abord, la chambre commerciale de la Cour de cassation a adopté une définition distincte de celle retenue par la chambre criminelle. Pour cette dernière, l'habitude débute en général à partir du second acte et n'implique pas que des actes aient été accomplis à l'égard de personnes différentes⁴⁰. Contrairement à cette position, la chambre commerciale, quant à elle, exige que les opérations bancaires, et notamment l'octroi de crédits, aient été réalisées auprès de plusieurs personnes. Les juges n'ont pas retenu l'existence de l'habitude dans une affaire où le prévenu a consenti plusieurs prêts successifs à une même société⁴¹. Ainsi, les acteurs de marché ne peuvent se reposer sur aucune définition uniforme de la notion d'habitude. De surcroît, les juges se réservent ouvertement la possibilité de revenir sur leur solution au cas par cas en proclamant que « *l'habitude est souvent déduite des circonstances de fait entourant l'acte, [...] 42* ». Une telle position des juges favorise l'arbitraire en l'absence des textes clairs. Cette incertitude quant à la définition de la notion d'habitude pourrait inciter les acteurs de marché à procéder aux financements des opérations envisagées *via* une entité créée *ad hoc* qui serait porteuse de financement. Mais les acteurs ne disposent, là encore, d'aucune réponse claire qui permettrait d'assurer la licéité des opérations de financement. Le caractère synthétique des textes et la place laissée aux autorités pour une interprétation opportuniste, donnent naissance, en pratique, à de nombreuses polémiques. La pratique continue à structurer des opérations de financement sans certitude qu'elles soient exclues du champ d'application du monopole bancaire.

⁴⁰ Crim. , 5 févr. 2003, n° 01- 87.052.

⁴¹ « *Le fait pour toute personne non agréée de consentir à titre habituel sur neuf années, neufs prêts successifs contenant la remise de fonds à titre onéreux à la disposition d'un même client, en des termes révélant chez le prêteur la connaissance des règles de droit applicables aux contrats, est insuffisant à caractériser le caractère habituel des opérations de banque effectuées.* », Cass. comm., 3 déc. 2002 ; n° 00-16.957, *Bull. civ.* IV, n° 182 ; *D.* 2003. AJ 2002, *JCP E* 2003, n° 23, p. 953, note Dondero.

⁴² Chambéry, 6 nov. 2013, *Banque et Droit* 2014, obs. Lasserre Capdeville, selon laquelle.

Enfin, des opérations de financement auprès des entités autres que celles de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier sont licites dès lors qu'elles s'inscrivent dans le champ de l'article L.511-7 du Code monétaire et financier. Il est nécessaire de remarquer que, d'un côté, le législateur interdit des opérations de crédit et, de l'autre, il met à disposition des acteurs du marché des moyens qui permettent d'atteindre exactement le même but en contournant les interdictions imposées par le principe du monopole bancaire. Si la pratique peut procéder aux financements par l'intermédiaire des prêts octroyés par des investisseurs qui ne sont ni agréés ni passés, que reste-t-il de l'utilité et de la pertinence des règles leur interdisant d'effectuer les opérations de crédit couvertes par le monopole bancaire? Sur ce point, deux exemples semblent remettre en cause la justification de cette interdiction des opérations de crédit par un investisseur bien qu'il ne dispose pas d'un agrément ou du passeport l'y autorisant.

Premièrement, la pratique peut avoir recours aux émissions obligataires au lieu de procéder au financement par l'intermédiaire des crédits classiques. Le financement sur les marchés ne cesse de gagner en importance. L'article L. 511-7 du Code monétaire et financier liste les exceptions au principe du monopole bancaire en autorisant toute entreprise « *quelle que soit sa nature* » à avoir recours à des émissions des titres financiers⁴³. Conformément à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, la catégorie des titres financiers comprennent également les obligations⁴⁴. La pratique dispose ainsi d'un moyen légal de passer outre l'interdiction des opérations de crédit effectuées par des personnes non agréées (ni passées). Des opérations de crédit qualifiées de « *primaires*⁴⁵ » peuvent alors être structurées avec des tranches « *mezzanine* » ou « *junior* » sous forme d'émissions obligataires. Les opérations de crédit

⁴³ Selon l'article L. 511-7 du Code monétaire et financier « *I.- Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse : [...] 4. Emettre des titres financiers si elle n'effectue pas d'opération de crédit mentionnée à l'article L. 313-1 ; [...]* ».

⁴⁴ Selon l'article L. 211-1 du code monétaire et financier « *I. - Les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers.*

II. - Les titres financiers sont : [...] 2. Les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ; »

⁴⁵ E. CHVIKA, « *L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire* » ; RDBF n° 5, sept. 2013, étude 23.

peuvent être accomplies par des investisseurs qui n'y sont pas autorisés par l'article L.511-5 du Code monétaire et financier. De manière générale, le recours aux émissions obligataires permet d'éviter l'application des règles contraignantes sur le monopole bancaire. De surcroît, une telle façon de structurer des opérations de financement autorise des investisseurs à céder librement des titres de créance à un autre investisseur et cela même dans l'hypothèse où le cessionnaire serait tenu de mettre des fonds directement à la disposition d'un émetteur français, ce qui est prohibé par la réglementation bancaire en matière de cession de participation sur un marché secondaire. Enfin, qu'est ce qui empêche les investisseurs de céder leurs créances non échues sur un marché secondaire à un autre investisseur n'ayant point la qualité imposée par l'article L.511-5 du Code monétaire et financier ?

Deuxièmement, il existe une technique qui permet aux personnes non agréées (ni passeportées) d'avoir recours aux opérations de crédit et de participer, par ce biais, au financement des sociétés. Cette technique est expressément prévue par le législateur et ne constitue en rien la violation de la réglementation sur le monopole bancaire même si elle autorise des opérations de crédit en dehors du champ de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier. Il s'agit des opérations de titrisation instaurées par la loi du 23 décembre 1988⁴⁶. Le mécanisme de la titrisation permet de transformer des créances non liquides en valeurs mobilières, c'est-à-dire en titres identiques dont la circulation sur un marché ne pose pas de difficultés particulières, au contraire, c'est la finalité même de ce mécanisme. Une opération de ce type semble aller à l'encontre de nombreux principes classiques parmi lesquels celui de l'interdiction de procéder à des opérations de crédit par les personnes autres que celles visées par l'article L.511-5 du Code monétaire et financier. La titrisation est un moyen qui permet aux établissements prêteurs de respecter des ratios imposés par les règles prudentielles en apurant leur bilan grâce au transfert du risque de recouvrement des créances de prêts aux marchés. Elle permet de rendre licites des opérations de crédit vu que les cessions de créances non échues sont qualifiées comme telles⁴⁷, comme nous avons pu l'exposer ci-dessus. À ce titre, ces cessions devraient être possibles uniquement si elles sont effectuées par des personnes qui y sont expressément autorisées par la

⁴⁶ Loi n° 88-1201, modifiée à plusieurs reprises.

⁴⁷ Cass. crim., 20 févr. 1984 ; *Bull. crim.* 1984, n° 62; *RTD com.* 1984, p. 316, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

loi bancaire. Cependant, tel n'est pas le cas, car en matière de titrisation, de telles opérations sont autorisées par des investisseurs-cessionnaires (les acteurs de marché) qui ne disposent ni d'un agrément ni d'un passeport. Nous pouvons constater que la titrisation occupe une place importante dans le monde de financement. À titre d'illustration, en France, cinq banques (BNP Paribas, BPCE, le Crédit Agricole, HSBC France et la Société Générale) ont « *émis mi-avril pour 2,65 milliards d'euros de titres adossés à leurs crédits aux entreprises* »⁴⁸.

Un constat semble s'imposer. La réglementation bancaire met à la disposition de la pratique des moyens qui en limitent considérablement la portée. Se pose donc la question de la pertinence de l'interdiction des opérations de financement des sociétés par des personnes non autorisées vu que les praticiens peuvent, de manière tout à fait licite, structurer des opérations par le biais d'autres mécanismes mis à leur disposition par la même réglementation et ayant, au final, le même résultat. La licéité d'une opération de financement eu égard les règles sur le monopole bancaire semble dépendre des « *formules d'ingénierie financière*⁴⁹ » employées par la pratique. De même, les incertitudes persistent quant à la délimitation exacte du champ d'application du monopole bancaire. Ne pouvant pas en circonscrire les limites précises, la pratique dispose d'une certaine latitude d'interprétation. Il pourrait être tentant de procéder aux interprétations favorables au but poursuivi des opérations envisagées par les acteurs. Ainsi, de nombreuses opérations sont structurées conformément aux règles synthétiques du monopole bancaire mais avec l'existence d'un risque d'invalidation par les autorités qui pourraient interpréter le champ du monopole bancaire de manière plus extensive dans un cas que dans un autre. Nous pouvons légitimement douter de la justification des règles aussi imprécises dans le contexte actuel d'ouverture économique liée à l'internationalisation de la vie des affaires et plus particulièrement du domaine de financement des sociétés.

⁴⁸ <http://www.agefi.fr/fiche-actualite-eclairages/le-discret-retour-de-la-titrisation-192.html>

⁴⁹ A. COURET, H. LE NABASQUE, *Droit Financier*, Précis Dalloz, 2e éd. 2012.

La pauvreté des textes sur le monopole bancaire continue à nourrir l'insécurité juridique dans le domaine essentiel de la vie des sociétés, celui de leur financement. En la matière, les règles sur le monopole bancaire obligent les acteurs du marché à structurer des opérations conformément aux textes exigeants dont la portée exacte reste incertaine à cause de leur caractère synthétique. Les opérations de financement ne sont pas à l'abri d'une éventuelle invalidation par les autorités qui interprètent de manière discrétionnaire ces règles. D'une part, il est difficile pour la pratique à délimiter avec précision le champ d'application du monopole bancaire. D'autre part, même si la réglementation autorise expressément à procéder à certaines opérations aux entités autres que celles visées à l'article 511-5 du Code monétaire et financier, elle comporte des termes imprécis, manquant des définitions claires et uniformes, qui ne permettent pas de déterminer avec certitude la validité d'une opération qui pourrait ainsi, à tout moment, être disqualifiée par les autorités. L'importance de cette réglementation devrait être soulignée par les notions claires afin de permettre de circonscrire avec la plus grande précision son application. Tel n'est point le cas de la réglementation française qui ne se montre guère suffisamment précise et dont l'application aux opérations de financement dépend de l'interprétation qu'en font tant les acteurs de marché que les autorités. Cette latitude incite la pratique à effectuer des structurations dont la licéité semble aléatoire et accorde aux autorités un pouvoir discrétionnaire d'adopter des décisions d'espèce aboutissant à une application fluctuante des règles sur le monopole bancaire. De surcroît, à côté de ces incertitudes qui planent autour de la réglementation bancaire, il existe des moyens tout à fait licites de contournement du monopole bancaire. Dans ce contexte d'incertitudes, les acteurs de marché se trouvent dans des situations marquées par une forte imprévisibilité. Les nouveaux acteurs, acteurs internationaux, ne sont pas forcément intéressés par un marché où ils seraient exposés à un tel degré d'arbitraire et de solutions aléatoires qui sont générateurs d'insécurité juridique. Il semblerait logique d'affirmer que le législateur français ne souhaite point restreindre l'attractivité et donc la compétitivité du marché français. Par conséquent, suite à la pratique aléatoire fondée sur les règles synthétiques sur le monopole bancaire et aux nombreuses critiques du système, une refonte de la matière relative aux opérations de crédit semblerait s'imposer.

BIBLIOGRAPHIE

Codes et autres textes:

Code monétaire et financier ;

Code de commerce ;

Code civil ;

Deuxième Directive du Conseil 89/646/CEE du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE.

Ouvrages et Revues :

A. COURET, H. LE NABASQUE, *Droit Financier*, Précis Dalloz, 2e éd. 2012.

E. CHVIKA, « *L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire* » ; RDBF n° 5, sept. 2013, étude 23.

Banque de France, Livre blanc, décembre 2000, « *Internet, quelles conséquences prudentielles ?* ».

Lettre de la Banque de France du 25 novembre 2003.

J-F. ADELLE, « *Le monopole bancaire constitue-t-il une restriction excessive aux crédits syndiqués en France ?* », Revue du Droit bancaire et financier n° 2, mars 2005.

J-C. HALLOUIN, « *Centralisation de Trésorerie* », Fasc. 80 : Groupe de sociétés ; JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse ; 1er mars 2006 (actualisé en 2014).

Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2013, 10e éd., n° 272.

M. ROUSSILLE, « *Que reste-t-il du monopole bancaire ?* » in Mélanges AEDBF-France, RB Éditions 2013, p. 607.

H. CAUSSE, « *Droit bancaire et financier* », Direct Droit éd.2014.

D. LEGEAIS, colloque organisé par le CEDAG de l'université Paris Descartes le 30 mai 2013 sur le thème « *Le renouvellement des principes fondamentaux du droit bancaire* ».

Sites internet :

<http://mediacommun.ca-cib.com/sitegenic/medias/DOC/751223/2014-interview-decideurs-jean-francois-balay.pdf>

www.agefi.com

www.orrick.com

www.legifrance.gouv.fr

www.tresor.economie.gouv.fr

www.banque-france.fr

acpr.banque-france.fr

www.courdecassation.fr

www.senat.fr

www.lexisnexis.com

www.dalloz.fr

www.eur-lex.europa.eu