

fiches de **Droit bancaire**

4^e édition

Rappels de cours et exercices corrigés

Marianne Villemonteix



Introduction au droit bancaire

- I. Histoire et actualité du droit bancaire
- II. Sources du droit bancaire

- Définitions

Droit économique: branche du droit – mi-privé, mi-public – qui met en relief l'intervention de l'État dans les rapports économiques.

Bancarisation: néologisme désignant l'importance du nombre d'individus qui dispose d'un compte en banque.

Bancassurance: phénomène qui témoigne de l'établissement de liens entre établissements de crédit et organismes d'assurance.

Le droit bancaire peut se définir comme l'ensemble des règles visant à régir les activités exercées à titre de profession habituelle par les établissements de crédit. De cette définition, il ressort que le droit bancaire est à la fois le droit des banquiers (c'est un droit professionnel) et le droit des opérations de banque. Le banquier (pris dans un sens générique, comme désignant la banque, personne morale) est un commerçant (mais il existe des établissements de crédit qui n'ont pas cette qualité, comme les caisses locales et régionales du crédit agricole) qui spéculent sur la monnaie et le crédit. Il est un intermédiaire (on parle d'intermédiation bancaire) qui participe au financement de l'économie en collectant l'épargne et en la redistribuant sous forme de crédits. Ce faisant le banquier crée de la monnaie (celle inscrite au crédit du compte de l'emprunteur) dont il permet la circulation grâce à la délivrance de moyens de paiement. Ce professionnel est même à l'origine du développement de la monnaie scripturale et du crédit. Les opérations de banque sont des actes de commerce (L. 110-1 du code de commerce). Le droit bancaire est une des branches du droit commercial mais des liens l'unissent étroitement au droit économique en raison des nombreuses interventions de l'État dans un secteur aussi essentiel. La matière est traversée par des inspirations diverses comme en témoignent son histoire, son actualité (I) mais également ses sources (II).

I. Histoire et actualité du droit bancaire

C'est à grands traits que l'on retracera l'histoire très ancienne de la banque (A) et que l'on décrira ses caractéristiques actuelles (B).

A. Abrégé historique

Les premières traces du métier de banquier apparaissent dès l'Antiquité (Code d'Hammourabi vers 1700 avant J.-C.). Il prend son véritable essor à partir du Moyen Âge malgré l'hostilité de l'Église catholique pour les métiers de l'argent (prohibition du prêt à intérêt). Le rôle du banquier se diversifie progressivement : d'intermédiaires dans les opérations de change de monnaies dans les foires (grâce à la lettre de change), les banques deviennent dépositaires des fonds qu'on leur confie (coffre-fort) puis dispensateurs de crédit participant ainsi au développement du commerce national et international, terrestre et maritime. Le ^{xviii}e siècle voit naître la Banque de France (18 février 1800) à qui est attribué le monopole de l'émission de billets de banque. Le siècle suivant signe la modernisation des banques (création de banques d'affaires) avec l'émergence du capitalisme et du libéralisme. Jusque dans les années 1930, l'activité bancaire se développe sans contrainte particulière. Puis (à la suite de la grande crise bancaire et financière de 1929), l'État intervient pour réglementer le statut des banques (1941), procéder à des nationalisations (1945) et organiser le crédit. Le système bancaire français connaît ensuite des mouvements de concentration qui perdure aujourd'hui. Les années 1980 marquent une étape ponctuée de nationalisations (1982) et de privatisations (1986).

Mais cette période est également à l'origine de profonds changements qui vont accroître la concurrence entre les établissements de crédit : la déréglementation qui se traduit par la libéralisation des ouvertures de guichets, la libération des prix des services, la suppression de l'encadrement du crédit ; la construction européenne qui a permis l'ouverture du marché français aux banques européennes (Acte unique de 1986), l'introduction de la monnaie unique (janvier 1999) et la création du Système européen de banques centrales dans le cadre duquel la Banque de France est devenue une simple banque centrale nationale sous l'autorité de la Banque centrale européenne ; la coordination des services financiers (composés des métiers de la banque, de l'investissement et de l'assurance) a donné naissance à de nouvelles autorités de supervision (l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution qui couvre les secteurs de la banque et de l'assurance, l'Autorité des marchés financiers qui s'occupe du secteur des services d'investissement) et à un renforcement de la régulation bancaire et financière (loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010) suite à la crise financière de 2008. De cette crise est née l'idée d'une Union bancaire finalisée en 2014 et qui témoigne d'une intégration plus forte des compétences en la matière (Fiches 4 et 6).

B. Caractéristiques actuelles

L'activité bancaire contemporaine présente plusieurs caractéristiques qui témoignent de son empreinte dans le développement des échanges économiques.

Diversification de l'offre bancaire

Outre les services habituels de collecte des dépôts et de distribution de crédit, les banques ont été amenées à élargir leur offre de services afin de répondre aux besoins de leurs clients et aux défis d'une concurrence de plus en plus diversifiée (concurrence des banques entre elles, concurrence des entreprises non bancaires comme celles de la grande distribution, concurrence des établissements européens, concurrence des établissements internationaux): ainsi ont-elles très vite proposé des instruments de paiement dématérialisés (grâce à l'informatique) et de nouveaux services notamment en matière de placement et de gestion de valeurs mobilières.

Élargissement de la clientèle

Les banques ne s'adressent plus – comme au début du xx^e siècle – seulement à une clientèle de professionnels ou de gens aisés mais plus largement à une clientèle de particuliers. C'est le phénomène dit de bancarisation des ménages, perceptible depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale et qui est aujourd'hui presque total sous l'influence du législateur et des nécessités pratiques. Selon une étude du Credoc de 2010, le taux de bancarisation de la population française est de 99 %.

Un rôle social accru

Le banquier est devenu un partenaire incontournable dans tous les aspects de la vie courante au point que l'absence de compte bancaire est perçue comme un facteur d'exclusion contre lequel le législateur a réagi en imposant un droit à l'ouverture d'un compte (de dépôt) accompagné de services bancaires minimum (cf. Fiche 10). Notons qu'un nouveau risque d'exclusion bancaire se profile lié à la digitalisation des services bancaires entraînant une problématique d'accès effectif à ces services de la part de populations fragiles telles que les personnes âgées (on parle « d'illectronisme »). Par ailleurs, l'accès au crédit a été favorisé ce qui a nécessité une protection spécifique du client consommateur. Le droit de la consommation a peu à peu pénétré le droit bancaire.

Une activité largement informatisée

L'informatique a révolutionné le monde bancaire. Le traitement des opérations bancaires s'en est trouvé facilité (abaissant ainsi leur coût et augmentant leur rentabilité) et de nouveaux procédés permettant une automatisation des relations avec la clientèle ont pu être inventés tels que les DAB (distributeurs automatiques de

billets), les GAB (guichets automatiques de banque), les TPE (terminaux de paiement électronique par carte utilisables chez les commerçants).

Le développement d'Internet a ouvert la voie à la banque à domicile, la banque en ligne et à la monnaie électronique. Le monde bancaire s'est peu à peu numérisé pour répondre aux transformations liées à l'essor des nouvelles technologies de communication et pour faire face à la concurrence de modèles innovants de services financiers (on parle de banque digitale ou banque mobile) proposés par des entreprises (via des applications mobiles) relevant de la catégorie dites des Fintech (ou Financial Technologies : combinaison de finance et de technologie). Parmi les Fintech évoluant sur le marché bancaire, certaines (qualifiées de néo banques) disposent d'un agrément bancaire comme N26 (né à Berlin en 2013) ou Orange Bank (créée en 2017), d'autres en sont dépourvus comme Compte Nickel (apparu en 2014) dont la structure d'accueil correspond à un établissement de paiement. Les banques traditionnelles ont réagi à ces évolutions (qui ne sont pas sans soulever quelques inquiétudes comme celles formulées par l'Autorité de la Concurrence dans son avis n.21-A-05 du 29 avril 2021 portant sur le secteur des nouvelles technologies appliquées aux activités de paiement) en rachetant certaines Fintech (cas de Bnp Paribas ayant pris le contrôle en 2017 de Compte Nickel), en expérimentant l'intelligence artificielle (robot advisor : robot conseiller) et en investissant dans des applications fondées sur la technologie blockchain que l'article L. 223-12 du Code monétaire et financier définit comme « un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification d'opérations ». Remarquons que le phénomène des fintechs participe d'un mouvement plus large touchant à l'ensemble des services financiers qui se voient appliquer des technologies numériques : on parle de finance digitale ou numérique permettant d'opérer toutes sortes de transactions financières (paiement, épargne, financement) depuis un ordinateur ou un téléphone portable. Les banques doivent être attentives à ne pas être exclues de ce marché où les acteurs déjà présents sont nombreux.

L'internationalisation de l'activité bancaire

Celle-ci est ancienne, les banques françaises ayant constitué (depuis le XIX^e siècle) un réseau de succursales et de filiales à l'étranger. Les opérations bancaires internationales sont également nombreuses qui mettent en œuvre des pratiques également internationales comme le *leasing* (Fiche 29) ou le *factoring* (Fiche 25). L'implantation des banques sur le marché européen (et donc la concurrence intra-communautaire) a également été facilitée grâce à l'unification progressive des législations bancaires dans le cadre de l'union européenne et la mise en œuvre de l'Union économique et monétaire (Traité de Maastricht).

Relations de la banque et des secteurs de la finance et de l'assurance

Les liens entre la banque et les marchés financiers sont traditionnels. Les réseaux bancaires jouent un rôle essentiel dans la diffusion des valeurs mobilières. Les

établissements de crédit sont le plus souvent agréés comme prestataires de services d'investissement (C.mon.fin.L. 531-1). Rappelons les relations récentes entre la banque et les fintechs comme en témoigne ce qui a été annoncé dans la presse économique comme le mariage de l'année 2017 : la prise de contrôle de Compte-Nickel par Bnp-Paribas. Quant aux liens entre le secteur bancaire et le secteur des assurances ils se manifestent particulièrement avec le phénomène dit de la « bancassurance » qui témoigne du caractère complémentaire des deux activités. Il y a lieu également de souligner la part de plus en plus importante des opérations d'assurance dans le résultat des banques françaises.

L'impératif de la conformité bancaire

La crise financière de 2008 a montré combien il était impérieux d'exiger des établissements de crédit qu'ils « assurent la conformité de (leurs comportements) ...aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables » (M.A.Frison-Roche, Compliance : avant, maintenant, après in Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge (dir.) N.Borga, J.C.Marin et J.Ch.Roda : Dalloz 2018 p.23 et s.). C'est ainsi qu'est né, en appui du droit de la régulation du secteur bancaire, un droit de la conformité bancaire et financière qui engage les opérateurs à s'auto-contrôler afin de réduire, autant que faire se peut, le risque de sanction. Cette invitation est même devenue, pour les entreprises dépassant certains seuils, une obligation, imposée par la loi Sapin II du 9 décembre 2016 (n.2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique), consistant à devoir mettre en place un programme de conformité et à créer une nouvelle profession de « compliance officer ».

II. Sources du droit bancaire

Le droit bancaire bénéficie de sources assez comparables à celles d'autres branches du droit privé : on y distingue les sources nationales (A) et les sources internationales et communautaires (B), l'ensemble formant une réglementation foisonnante et en constante évolution.

A. Les sources nationales

Ces sources comprennent des textes législatifs, des textes professionnels, des usages professionnels et la jurisprudence.

Textes législatifs

Le droit bancaire est régi par des textes législatifs extrêmement nombreux, pour partie, regroupés dans le code monétaire et financier. Parmi ces textes figure une

loi emblématique, celle du 24 janvier 1984 dite loi bancaire, qui définit le statut des établissements de crédit et le contrôle de leur activité. Depuis sa promulgation (14 décembre 2000), le Code monétaire et financier a fait l'objet de multiples modifications qui en rendent l'utilisation complexe. Ce code est en outre loin de représenter toute la législation bancaire : celle-ci reste éparpillée entre le code civil (où se rencontrent le droit commun du prêt, certaines règles relatives aux intérêts ou encore les dispositions sur la responsabilité civile et le droit des contrats et des obligations), le code de commerce (dans lequel est logée la législation sur les effets de commerce, sur les actes de commerce, sur la prescription, sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, y compris des établissements de crédit), le code de la consommation (qui contient un nombre impressionnant de dispositions intéressantes pour le banquier telles que celles issues de la réglementation sur les crédits aux particuliers (Fiches 24 et 27)) et le code pénal (où se loge la sanction de la violation du secret bancaire). Cet éparpillement des sources pourrait perdurer avec le projet de réforme en cours du droit des contrats spéciaux et les modifications qui attendent en particulier le contrat de prêt (v. Fiche 23).

Textes professionnels

Le droit bancaire profite également de sources professionnelles c'est-à-dire de textes émanant des autorités du secteur bancaire et financier. Mais la loi du 1^{er} août 2003 a modifié la donne en transférant au ministre chargé de l'Économie le pouvoir de fixer par arrêté les règles applicables aux établissements de crédit. À côté de ces dispositions, la profession elle-même produit certaines règles – qui peuvent prendre la forme de contrats types ou d'engagements de bonne conduite – afin d'éviter l'intervention du législateur dans certains domaines : tel a été le cas de la charte sur les services bancaires de base ou de la convention AERAS signée en 2006 entre la Fédération bancaire française, les associations de consommateurs et les pouvoirs publics en vue de faciliter l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé.

Usages professionnels

Les usages jouent un rôle important en matière bancaire mais uniquement dans les rapports entre professionnels. Ils ne sont pas directement opposables aux clients des banquiers. Leur opposabilité dépend de la connaissance que les clients ont des usages en cause. Le contenu de ces usages est parfois établi, en cas de litige, au moyen d'un parère qui est un certificat délivré par un organisme professionnel (comme l'Association française des banques).

Parmi les usages en vigueur, citons celui – très répandu – du taux d'endettement ne pouvant excéder le tiers des revenus de l'emprunteur (CA Paris 3 août 2018 n° 17/00662), celui – également fréquent – de l'avance sur encaissement de chèques accordée par la banque du bénéficiaire (CA Colmar 6 juin 2018 n° 16/00387), celui des

dates de valeur (pratique désormais très encadrée : C.mon.fin. L. 131-1-1 et L. 133-14 v. Fiche 11) ou encore celui – générateur d'un certain contentieux – appelé usage lombard ou diviseur 360 - consistant, par une clause du contrat de prêt, à retenir une année fictive de 360 jours (au lieu de l'année civile) pour le calcul des intérêts de prêts accordés à des professionnels (Cass.com. 24 mars 2009, n° 08-12.530), la Cour de cassation ayant condamné ce mode de calcul lorsqu'il est appliqué à des prêts consentis à des consommateurs ou non professionnels (Cass. 1^{re} civ. 19 juin 2013, n° 12-16.651, Cass. 1^{re} civ. 6 sept. 2017, n° 16-19.063).

Jurisprudence

La jurisprudence bancaire est également importante : ainsi a-t-elle reconnu force obligatoire au mécanisme du compte courant et admis de déroger à la prohibition de l'anatocisme inscrite à l'article 1343-2 du Code civil (Fiche 13). Elle est à l'origine de certains devoirs imposés au banquier dans sa relation avec la clientèle, comme le devoir de mise en garde (Fiche 8).

B. Les sources internationales et communautaires

Sources internationales

Les sources internationales sont diverses. Plusieurs conventions internationales ont unifié tout ou partie du droit applicable à certaines opérations de banque. Citons : les conventions de Genève sur la lettre de change et le billet à ordre du 7 juin 1930 et sur le chèque du 11 mars 1931 ; les conventions d'Ottawa sur le crédit-bail international et l'affacturage international ratifiées par la France en 1991. Il y a également lieu d'évoquer le rôle des usages internationaux dans l'élaboration d'un corps de règles uniques applicables à certaines opérations bancaires comme le crédit documentaire qui est une technique de financement adaptée aux ventes internationales (Fiche 28).

Par ailleurs, et pour tenter d'éviter les crises internationales et de lutter contre le blanchiment de capitaux, des organismes sont en charge de la surveillance des établissements de crédit : citons le Comité de Bâle (Fiche 4) dont les recommandations visent à renforcer le contrôle prudentiel et la qualité de la surveillance des banques et le GAFI (Groupe d'action financière internationale) sur la lutte contre le blanchiment.

Sources communautaires

Ces sources sont devenues au fil du temps prédominantes. Il est vrai que la très grande majorité des textes nationaux ne font que transposer les directives européennes. Ces directives concernent aussi bien les établissements de crédit que leurs opérations. Certaines ont conduit à une harmonisation des règles relatives

à la profession bancaire: leur but était d'en faciliter l'accès et l'exercice par les établissements de crédit européens (2^e Directive n° 89/646/CE du 15 déc. 1989), d'assurer la sécurité des clients de ces établissements (systèmes de garanties des dépôts bancaires; Directive 2009/14/CE du 11 mars 2009) et de mettre en place un contrôle des opérations de blanchiment (Directive n° 91/308/CEE du 10 juin 1991, remplacée par la directive n° 2005/60/CE du 26 oct. 2005).

D'autres textes ont engagé une harmonisation des opérations de banque et en particulier des opérations de paiement afin de créer un marché unique des paiements (Directive n° 2007/64 du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur – dite DSP 1, directive abrogée par la Directive n° 2015/2366 du 25 novembre 2015, dite DSP2 transposée par l'ordonnance n° 2017-1252 du 9 août 2017: Fiche 20) ainsi qu'un espace unique de paiement en euros (ou SEPA: Single Euro Payments Area). L'harmonisation a aussi touché les services financiers à distance (Directive 2002/65/CE du 23 sept. 2002), les règles relatives au crédit à la consommation (Directive 2008/48/CE du 23 avril 2008) et au crédit immobilier (Dir. 2014/17/UE du 4 fév. 2014) ou encore celles concernant le commerce électronique (Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000).

Outre ces sources de droit dérivé, notons l'importance grandissante – pour le droit bancaire - de la jurisprudence de la CJUE ainsi que celle de la CEDH.

• À retenir

- Le droit bancaire est le droit des banquiers (professionnels) et le droit des opérations de banque (activité).
- Le droit bancaire relève du droit privé (droit commercial) mais également du droit public économique (intervention forte de l'État).
- L'activité bancaire est aujourd'hui omniprésente dans la vie des entreprises comme des particuliers.
- Pas de vie sociale, pas de vie économique sans compte bancaire.
- L'ouverture d'un compte de dépôt est devenue un droit opposable et il s'accompagne de services bancaires de base.
- Les sources du droit bancaire sont nombreuses, variées, évolutives et instables (modifications incessantes).

Pour en savoir plus

- Dossier sur « L'apport des Fintech au droit bancaire » Rev.dr. bancaire et financier n° 1, janvier 2017.
- D. Legeais, « L'apport de la blockchain au droit bancaire » Rev.dr. bancaire et financier janvier 2017, Dossier 5.