



LA SITUATION DES BANQUES ET LES NOUVEAUX DÉFIS DES BANQUES FACE À LA CONCURRENCE

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 4 FEVRIER 2019

PAR ARLETTE MARTIN-SERF*

Les banques n'ont pas bonne presse dans l'ensemble. Vues comme des prédateurs obsédés par le profit et la rentabilité, des racketteurs méthodiques à grands coups de frais et d'agios démesurés, elles alimentent trop de discours politiques et médiatiques¹ dénonçant le monde bancaire, et le monde de la finance, comme des ennemis de l'économie dite réelle et des instigateurs, auteurs et complices de fraude fiscale². Ce genre de discours est plutôt bien accueilli par le grand public. La crise des *subprimes* n'a rien arrangé et a encore dégradé un peu plus l'image des établissements de crédit, cette fois à l'échelle

de la planète³. Moins médiatisé mais tout aussi choquant, le scandale du LIBOR a discrédité de nombreuses grandes banques qui se sont concertées pendant plusieurs années pour en manipuler le taux⁴.

Le secteur bancaire est un marché hyper-concurrentiel et en voie de saturation. La guerre des prix, l'arrivée soudaine de concurrents pugnaces font que le secteur économique du paiement et du crédit, longtemps à l'abri des secousses, se trouve aujourd'hui très chahuté. Ce marché est envahi par des offres émanant d'autres opérateurs économiques profitant de la quasi-disparition du monopole bancaire et de l'émergence d'un « droit au crédit » toujours plus pressant, envahissant car encouragé par le législateur. Les experts en marketing se sont saisis de ces opportunités.

Je cite juste pour mémoire, car elles ne posent pas de problèmes particuliers, les structures bancaires créées depuis longtemps au sein de grosses entreprises comme les groupes de constructeurs automobiles⁵ ou de la grande

* Arlette Martin-Serf est professeur émérite de l'Université de Bourgogne.

1 - BNP Paribas a été la cible d'un documentaire de France Télévisions en octobre 2018 qui n'avait pas fait dans la dentelle, accusant même la banque d'avoir « transféré » aux contribuables son risque sur la dette grecque. Dans un tout autre registre, de nombreuses agences bancaires parisiennes ont été saccagées ou incendiées à l'occasion des grandes manifestations initiées par les « gilets jaunes ».

2 - Le procès d'UBS aux États-Unis a révélé l'année dernière une des plus colossales fraudes fiscales du monde, et un ancien directeur de cette banque a déclaré que « le système bancaire suisse, c'est le diable » : B. Birkenfeld, *Le Banquier de Lucifer*, éd. Max Milo, 2018. En France, le parquet national financier a poursuivi UBS AG pour avoir démarché illégalement des résidents fiscaux français et dissimulé des milliers de comptes non déclarés ; le tribunal correctionnel de Paris l'a condamnée, le 20 février 2019, à une amende de 3,7 milliards d'euros, et a condamné à une amende de 15 millions d'euros sa filiale française poursuivie pour complicité. L'affaire des « Panama Papers » – 11,5 millions de fichiers confidentiels issus du cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca – rattrape également de grandes banques européennes : après la Société Générale, perquisitionnée dès avril 2016 à la demande de la justice française, le siège de la Deutsche Bank, première banque privée d'Allemagne, a été perquisitionné le 29 novembre 2018.

3 - Elle a aussi révélé l'existence d'un principe « *too big to fail* » et « *too big to jail* ».

4 - Le London Interbank Offered Rate (LIBOR) est le taux d'intérêt de référence du marché monétaire interbancaire à Londres. Le scandale, qui a duré de 2011 à 2013, a révélé qu'UBS et de nombreuses autres banques se sont concertées pendant trois ans, de 2006 à 2009, pour orienter le taux LIBOR.

5 - Les « captives financières » des constructeurs automobiles contribuent à hauteur de 20% à 1/3 des résultats de leurs sociétés mères par leurs activités de financement (crédit, location avec option d'achat, location longue durée, soutien au développement des réseaux, etc...). Parmi les plus connues figure la DIAC, captive financière de Renault-Nissan.

distribution : leurs filiales surnommées « banques maison » ou « banques captives » sont de véritables établissements de crédit, même si elles ne financent que les activités auprès de leurs cocontractants : concessionnaires, acheteurs. En revanche, les géants du numérique, Facebook, Google et surtout Amazon, des opérateurs téléphoniques comme Orange⁶ lancent des offensives contre les banques sur toute une série d'activités de base pour les clients dont les besoins bancaires sont limités, comme les jeunes, ou comme complément d'un établissement traditionnel, qui ont entraîné la fermeture de centaines d'agences et des milliers de suppressions d'emplois dans les réseaux des banques de détail.

Plus profondément, les métiers de banque de dépôt, de banque d'investissement, de gestion d'actif, de gestion de trésorerie, sont tous engagés dans des transformations radicales, dans l'une des plus violentes mutations de leur histoire⁷. Il ne s'agit pas seulement de l'arrivée de nouveaux outils technologiques ou de l'évolution naturelle des pratiques comme ce fut le cas à maintes reprises par le passé. Entravées par de lourds réseaux d'agences, les banques de détail traditionnelles subissent des surcoûts de production considérables par rapport aux banques en ligne beaucoup plus économes en quantités de personnel et de moyens de fonctionnement. Ce ne sont pourtant pas deux mondes à part dans la mesure où les banques en ligne, si ce n'est les *pure players*, sont des filiales de ces groupes bancaires traditionnels.

Nous assistons actuellement à une totale remise en question, une déstabilisation fondamentale des cadres établis, où même les anciennes terminologies figées depuis des siècles ne suffisent plus à qualifier et classer les nouveaux venus sur ce marché⁸. L'inquiétude

des banques est compréhensible face aux atteintes multiples au monopole bancaire et aux réformes successives ouvrant chaque fois un peu plus le secteur à la concurrence, tout en renforçant parallèlement les contraintes imposées aux banques.

I - Déclin inexorable du monopole bancaire

A - Contenu du monopole bancaire et sanctions de sa violation

1 - Définition du monopole bancaire

Le monopole bancaire, inscrit à l'article L. 511-5 du code monétaire et financier, a pour objet de réserver aux seuls établissements de crédit, dûment agréés par la BCE, l'accomplissement à titre habituel des opérations de banque. Les racines du monopole bancaire sont très anciennes : nécessité de protéger les déposants, contrôle du crédit, statut réglementé des établissements de crédit. Traditionnellement, les établissements de crédit bénéficiaient du seul monopole bancaire portant sur les opérations de banque, à savoir la réception des fonds du public, la distribution du crédit et l'ensemble des activités liées aux moyens de paiement. En 2013, sont entrées dans le monopole des activités liées à la monnaie électronique⁹. Le monopole se présente actuellement sous forme d'une série d'interdictions définies aux articles L. 511-5 et suivants du code monétaire et financier.

2 - Sanctions encourues en cas de violation du monopole

a - Sanctions pénales du délit d'exercice illégal de la profession de banquier

Elles sont encourues lorsque les agissements du prêteur peuvent être qualifiés d'habituels. L'auteur des faits encourt 3 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, s'il est une

6 - Orange Bank a lancé son offre au mois de novembre 2017, avec une licence bancaire obtenue grâce au rachat en 2016 de 65% de Groupama Banque ; ce rachat a malheureusement transmis aussi à Orange Bank l'héritage encombrant du scandale financier né de « l'affaire Madoff », vaste escroquerie – une chaîne de Ponzi – datant de 2008. La filiale de l'opérateur téléphonique mise tout sur son application mobile, avec succès puisqu'elle a été élue meilleure numérisation des parcours et des offres bancaires selon l'agence de notation D-Rating (juillet 2018). La souscription est entièrement dématérialisée même si un accompagnement humain est possible en agence ou à l'aide de téléconseillers.

7 - Le Cercle Turgot, J.-B. Mateu, *Les banques face à leur avenir proche. Les banques, miroirs d'un nouveau monde*, Éditions Eyrolles, 2018.

8 - En témoigne notamment l'acronyme « fintech » désignant les technologies financières. – Y. Eonnet et

H. Manceron, *Fintech- Les banques contre-attaquent*, Dunod, 2018. – R. Bouyala, « La révolution FinTech : acte 2 », *Revue Banque*, 2018 : pour cet auteur, les FinTech sont parfois un bélier dans « le mur de la banque », avec comme perspective la compétition des GAFAs et autres acteurs technologiques ou bien l'émergence de l'Open Banking, sur fond de prospection du nouvel or noir qu'est le Big Data. – S. Tandeau de Marsac, « Comment réguler les FinTechs ? » : *Banque et Droit*, sept.-oct. 2018, p. 12.

9 - Ajoutons pour être complet le monopole financier qui bénéficie aux prestataires de services d'investissement, et donc aux établissements de crédit.

personne physique et 1 875 000 euros d'amende s'il est une personne morale¹⁰. Se pose alors la question de la constitution de partie civile, pour laquelle un préjudice personnel et direct est requis par l'article 2 du code de procédure pénale. Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 11 février 2009¹¹ a posé comme principe 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 ». Seule l'ACPR devrait pouvoir se constituer partie civile en matière d'exercice illégal de la profession de banquier, dans la mesure où, selon l'article L. 612-16,II, du code monétaire et financier, cette autorité « peut se constituer partie civile à tous les stades de la procédure pénale pour l'application des chapitres Ier à III du titre VII du livre V du présent code et des dispositions pénales du code des assurances, du code de la mutualité et du code de la sécurité sociale »¹².

b - Sanction administrative

Le non-respect du monopole bancaire peut donner lieu à intervention de l'ACPR selon l'article L. 613-24 du code monétaire et financier. Celle-ci peut nommer un liquidateur auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale. Le contenu de cette sanction administrative est discuté¹³ : la nomination du liquidateur ne prononce-t-elle pas implicitement la liquidation ? Ou alors, cette nomination ne serait envisageable que si le juge pénal a prononcé, à titre de peine complémentaire, la dissolution de la personne morale ayant accompli de façon habituelle des opérations de banque alors qu'elle n'était pas agréée.

c - Sanctions civiles

En l'absence de texte sur ce point, la jurisprudence a donné quelques réponses. La seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément n'est pas de nature à

entraîner la nullité des contrats de crédit qu'il a conclus¹⁴.

B - Multiplication des dérogations légales au monopole bancaire

Les dérogations légales au monopole bancaire ont pris beaucoup d'ampleur, et elles sont jugées réjouissantes ou inquiétantes selon les points de vue évidemment ! Ce phénomène emprunte plusieurs directions : le législateur a déjà ouvert le monopole à de nouveaux bénéficiaires du monopole et, parallèlement, la fourniture de services de paiement et de crédit a porté des coups très rudes, mais pas encore mortels, au monopole bancaire.

1 - Élargissement du cercle des bénéficiaires du monopole

a - Sociétés de financement

Elles entrent dans le cercle en 2013, mais uniquement en ce qui concerne les opérations de crédit à titre habituel. L'ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 leur a notamment permis d'être cessionnaires de créances professionnelles dans le cadre des bordereaux Dailly.

b - Compagnies d'assurance ou de réassurance

Beaucoup de sociétés d'assurances se sont lancées dans la bancassurance ou l'assurbanque, l'assurfinance : ces trois néologismes désignent la commercialisation de produits d'assurance par les réseaux bancaires et la commercialisation de produits bancaires par certaines compagnies d'assurances, et témoignent de l'interpénétration de ces deux secteurs très lucratifs et complémentaires, dont les acteurs redoublent d'offres concurrentielles. Le phénomène s'est développé en France dans les années 1990 pour les produits d'assurance dommages

10 - CMF, art. L. 571-3 et CP, art. 131-38.

11 - N° 08-83870 : Gaz.Pal.17 oct.2009, p. 9, note J. Lasserre Capdeville.

12 - V. en ce sens J. Lasserre Capdeville, « Les sanctions civiles de la violation du monopole bancaire : état des lieux et propositions » : Banque et Droit juill.-août 2017, p. 15.

13 - V. sur ce débat J. Lasserre Capdeville, art.préc.

14 - Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11725 : Bull. civ., n° 2 ; JurisData n° 2005-027413 ; JCP G 2005, II, 10062, avis R. de Gouttes ; JCP E 2005, 690, note T. Bonneau ; D.2005, p. 836, obs. X. Delpech, et p. 785, obs. B. Soussi ; RTDciv. 2005, p. 388, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTDcom. 2005, p. 400, obs. D. Legeais. – J. Stoufflet, Le défaut d'agrément bancaire n'entraîne pas la nullité des contrats conclus : RD banc. fin. mai-juin 2005, étude n° 48. – Rappr. Cass. ass. plén., 21 déc.2006, n° 05-11966 : Bull.civ., n° 14 ; JurisData n° 2006-036605 ; JCP G 2007, II, 10016, note H. Guyader. – Cass.1^{re} civ., 16 janv.2013, n° 05-12.081 : D.2013, p. 890, note J. Lasserre Capdeville. – Cass. com., 9 fév.2013, n° 11-27.124 : LEDB avril 2013, p. 7, obs. J. Lasserre Capdeville.

(habitation, automobile...), car l'assurance vie et les assurances crédits sont des produits qui faisaient déjà par nature partie de l'offre de produits bancaires. Il se traduit maintenant de plus en plus par la création de filiales, ou la prise de contrôle de sociétés d'assurances par des groupes bancaires, et en sens inverse par l'offre par la plupart des assureurs de services bancaires (tenue de compte et crédit notamment). Du point de vue légal, institutionnel, fonctionnel et prudentiel, les deux secteurs étant soumis à des règles distinctes, exercer les deux métiers signifie gérer une double série de contraintes. En revanche et heureusement, les autorités de surveillance ont été fusionnées au sein de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR). Pendant longtemps, les compagnies d'assurances se sont senties plutôt perdantes dans cette évolution, faute de réseau équivalent aux réseaux bancaires. Mais très vite, Internet a multiplié les possibilités de banque à distance et cela leur est maintenant possible.

La libéralisation du marché très juteux de l'assurance emprunteur¹⁵ a donné lieu à une véritable guerre, déclenchée par la loi du 21 février 2017 qui a introduit à l'article L. 313-30 du code de la consommation une possibilité de résiliation annuelle par application du droit commun de l'article L. 113-12 du code des assurances. Le banquier doit néanmoins accepter le contrat substitué conformément à l'article L. 313-31 du code de la consommation. Le changement d'assurance emprunteur est possible, depuis le 1^{er} janvier 2018, tout au long de la durée du prêt immobilier et non plus seulement dans les 12 mois qui suivent la souscription : la concurrence risque de faire mal, et de profiter aux consommateurs, car les assurances bancaires sont plus chères. L'application aux contrats déjà souscrits bouleverse l'équilibre économique global des crédits immobiliers. La bataille a été perdue par les banques le 12 janvier 2018¹⁶ devant le Conseil

constitutionnel, saisi d'une QPC par le Conseil d'État, qui a écarté les arguments de la Fédération bancaire française qui invoquait l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sur la garantie des droits et l'article 4 sur la limitation de la liberté par la loi, et jugé le droit de résiliation annuel conforme à la Constitution.

c - Organismes de financement

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence et à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », a encore un peu plus ouvert les vannes du monopole bancaire, pour en faire profiter des fonds créés par le législateur, afin de renforcer la diversification des sources de financement des PME et des ETI par des prêts directement consentis, sans intermédiation bancaire, par des fonds professionnels spécialisés, des fonds professionnels de capital investissement et des organismes de titrisation, qui peuvent octroyer des crédits aux entreprises dans les conditions précisées aux articles L. 214-154, L. 214-160 et L. 214-169 du code monétaire et financier¹⁷. C'est une conséquence du règlement européen n°2015/760 du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme (ELTIF en anglais)¹⁸. Ces nouveautés pallient l'impossibilité pour les OPCVM et les fonds d'investissement à vocation générale de consentir des prêts¹⁹. L'ordonnance n°2017-1432 du 4 octobre 2017 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette, prise en application de l'article 117 de la loi du 9 décembre 2016, a introduit dans le code monétaire et financier la catégorie nouvelle d'organismes de financement, composée d'une part des organismes de titrisation et d'autre part

15 - Les banques qui dominaient largement, avec 85% de parts de marché, ont réalisé en 2017 un chiffre d'affaires de 8,8 milliards d'euros sur ce produit, en réalisant une marge moyenne de 40%. Les banques françaises accordent des crédits à des taux très bas et se rattrapent sur ce produit d'assurance.

16 - D.2018, pan. p. 1289, obs. L. Grynbaum, et p. 1299, note S. Bros ; JCP 2018, 242, note L. Grynbaum ; JCP 2018, 367, n° 13, obs. Ph. Delebecque. Selon cette décision, « le législateur a entendu renforcer la protection des consommateurs en assurant un meilleur équilibre contractuel entre l'assuré emprunteur et les établissements bancaires et leurs partenaires assureurs. En appliquant ce droit de résiliation aux contrats en cours, il a voulu, compte tenu de la longue durée de ces contrats, que cette réforme puisse profiter

au grand nombre des emprunteurs ayant déjà conclu un contrat d'assurance collectif. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général ».

17 - Un décret n° 2016-1587 du 24 novembre 2016 précise les conditions dans lesquelles certains fonds d'investissement alternatifs peuvent octroyer des prêts aux entreprises.

18 - B. Henry et P. Molinelli, « Le régime des ELTIF en droit français », Bull. Joly Bourse, mai 2016, p. 221. – I. Riassetto, « Fonds européens d'investissement à long terme », Banque et Droit, mai-juin 2015, p. 72. – T. Jézéquel, « Les fonds européens ELTIF. Un nouvel outil pour financer les investissements à long terme », Banque et Droit, mai-juin 2016, p. 11.

19 - M. Storck, « Les modifications apportées à la gestion collective par la loi Sapin 2 », RTDcom.2017, p. 131.

des organismes de financement spécialisés²⁰. Les organismes de financement sont des « non-banques », mais ne sont pas des *shadow bankers*. S'ils ne sont pas agréés ni régulés en qualité de banques, ils sont soumis à des règles rigoureuses car ils sont habilités à effectuer à titre principal des opérations de banque, telles que la collecte de fonds, les opérations de crédit²¹, la constitution de garanties²². Ils bénéficient d'un régime dérogatoire au droit des procédures collectives²³.

2 - Fourniture de services de paiement versus monopole bancaire

Pour s'adapter aux attentes de nombreux publics pour qui les offres bancaires traditionnelles sont trop étoffées ou onéreuses par rapport à leurs besoins réels ou qui sont en marge du système, sont apparues plusieurs alternatives aux moyens de paiement classiques.

a - Établissements de paiement

La directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 « concernant les services de paiement dans le marché intérieur » a mis fin au monopole des banques sur les services de paiement, en instituant un nouveau statut d'établissements de paiement. Elle a été transposée en France par l'ordonnance n° 2009-266 du 15 juillet 2009²⁴. L'objectif était de mettre en place un marché européen des services de paiement – énumérés à l'article L. 314-1 du code monétaire et financier (virement, prélèvement, retrait et dépôt de fonds, paiement par carte, à l'exception des chèques) – et de développer la concurrence avec

les banques. Les établissements de paiement sont soumis à des contraintes (fonds propres, capital initial minimum, etc.) inférieures à celles des établissements de crédit. En 2010, les premiers établissements de paiement ont été agréés par l'ACPR.

Ils ne peuvent ouvrir que des « comptes de paiement » (comptes de dépôt ou comptes courants)²⁵, mais pas de comptes d'épargne²⁶. Arrivent sur ce marché libéralisé des acteurs *a priori* très éloignés de la sphère financière.

Le terme de néobanque ou de banque digitale est apparu pour désigner ces opérateurs. Une néobanque ou banque mobile n'a pas le droit de proposer tous les produits qu'un établissement bancaire commercialise. Chez elle, tout le monde est bienvenu, même les interdits bancaires²⁷.

La deuxième directive concernant les services de paiement dans le marché intérieur n° 2015/2366 du 25 novembre 2015, dite « DSP 2 », a été transposée par l'ordonnance n° 2017-1252 du 9 août 2017, et la loi de ratifi-

20 - CMF, art. L. 214-166-1 et s. ; D.n°2018-1004 et D. n° 2018-1008 du 19 nov.2018 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette.

21 - Ils bénéficient des mécanismes simplifiés de cession de créances professionnelles et non professionnelles par bordereaux inspirés de la loi Dailly (CMF, art. L. 313-23 et s.), et pourront céder des créances non échues à caractère professionnel à des entités régulées relevant d'un droit étranger, par dérogation au monopole bancaire, pour améliorer le marché secondaire de ces créances.

22 - M. Storck, « La régulation de l'activité bancaire des FIA : la finance de marché sort de l'ombre », RTDcom.2017, p. 939.

23 - CMF, art.L. 214-169.

24 - CMF, art.L. 522-1 et s. - P. Bouteiller, « La transposition en droit français des dispositions européennes régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement » : JCP E 2009, 1897. – G. Notté, « Fourniture de services de paiement et création des établissements de paiement » (Ord.n° 2009-266, 15 juill.2009) : JCP E 2009, 358.

25 - V. Dir.2014/92/UE du 23 juill.2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base. - CMF, art. L. 522-4,1 : « Les comptes ouverts par les établissements de paiement sont des comptes de paiement qui sont exclusivement utilisés pour des opérations de paiement. Cette destination exclusive doit être expressément prévue dans le contrat-cadre de services de paiement qui régit le compte ». – Cf. M. Roussille, « La notion de compte de paiement », Banque et Droit nov.-déc.2016, hors-série « Nouveaux comptes et intérêts négatifs », p. 12. – G. Goffinet, « Le régime des comptes de paiement vu par le régulateur », *ibid.*, p. 22.

26 - Le premier arrêt de la CJUE rendu à propos de la notion de compte de paiement, répondant à une question préjudicielle, affirme que « l'article 4,14, de la DSP1 doit être interprété en ce sens que ne relève pas de la notion de « compte de paiement » un compte d'épargne qui permet de disposer de sommes déposées à vue et à partir duquel les opérations de versement et de retrait ne peuvent être effectuées que par l'intermédiaire d'un compte courant » (CJUE, 4 oct.2018, aff.C-191/17, Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte c/ ING-DibBa Direktbank Austria Niederlassung des ING-DibBa AG). – Cf. le commentaire critique de P.Storck, « Le rendez-vous manqué entre la CJUE et le compte de paiement », Banque et Droit, nov.-déc.2018, p. 50.

27 - Ainsi Compte-Nickel qui puise son originalité dans son réseau de distribution : les buralistes partenaires. Pour ouvrir leur compte Nickel à 20 € par an, son million de clients s'est rendu dans un des 3500 points de vente. La souscription s'effectue par le biais d'une borne interactive en 5 minutes à peine. Le client n'a plus qu'à activer sa carte bancaire et profiter d'un RIB. N26 comme Revolut avoisinent les 300.000 utilisateurs, c'est autant que la banque en ligne Hello bank! Et trois fois plus qu'Orange Bank !

cation a été adoptée le 3 août 2018²⁸. Elle prévoit un nouveau dispositif en matière de retrait d'espèces de nature à agacer les banques : la loi française autorise désormais le *cash back* connu chez nos voisins (Allemagne, Espagne, Belgique et Royaume-Uni), qui permet à un commerçant d'offrir un service de retrait d'espèces à ses clients, à l'occasion de leurs achats de biens ou de services payés par carte bancaire pour un montant plus élevé que le montant dû, afin que des espèces soient rendues pour combler la différence²⁹.

b - Produits de la révolution technologique dans le monde de la finance : porte-monnaies électroniques ou virtuels, crypto-actifs

- Les porte-monnaies électroniques ou virtuels (*wallets* en anglais) utilisés pour le paiement mobile, représentent déjà 25% des achats à distance³⁰. Le porte-monnaie électronique, également dit portefeuille électronique (*e-wallet* en anglais), couvre deux réalités différentes : soit un dispositif qui peut stocker de la monnaie sans avoir besoin d'un compte bancaire et d'effectuer directement des paiements sur des terminaux de paiement³¹, soit un dispositif sécurisé installé sur des appareils électroniques portables (téléphones mobiles principalement) permettant d'initier un virement de son compte vers celui d'un fournisseur, via un terminal de paiement installé en magasin. Dans ce cas, il s'agit d'un substitut à la carte bancaire traditionnelle et le mot de portefeuille électronique peut être contesté, l'appareil ne contenant pas de monnaie mais permettant simplement d'accéder à son compte bancaire de façon sûre³².

28 - L. n° 2018-700 du 3 août 2018. - M. Roussille, « Ratification de l'ordonnance DSP 2 : entre soulagement et agacement », Banque et Droit, sept.-oct.2018, p. 44.

29 - CMF, art. L. 112-14. - D. n° 2018-1224 du 24 déc.2018 relatif à la fourniture d'espèces dans le cadre d'une opération de paiement, déterminant le montant minimal de l'opération de paiement (dès un euro d'achat) et le montant maximal en numéraire pouvant être décaissé dans ce cadre (60 euros). Bercy place de grands espoirs dans l'expansion du *cash back* pour compenser la désertification bancaire des campagnes et la disparition des distributeurs de billets.

30 - Citons, entre autres, Kwixo, Buyster, Paylib, Silkpay, Amazon Pay.

31 - Sous forme de carte bancaire prépayée avec ou sans puce. Exemples : Veritas, Skrill, Moneo.

32 - Exemples : Google Wallet, Paypal.

- Après le porte-monnaie virtuel, prennent de l'ampleur les monnaies virtuelles ou **crypto-monnaies** – les plus connues étant le Bitcoin et l'Ether – permettant des transactions anonymes, donc intraquables, sur un réseau décentralisé. Les crypto-monnaies sont nées avec la blockchain, une base de données dont elles permettent le fonctionnement³³. La 4^e directive antiblanchiment *bis* (UE) 2018/843 du 30 mai 2018³⁴ les définit comme « des représentations numériques d'une valeur qui ne sont émises ou garanties ni par une banque centrale ni par une autorité publique, qui ne sont pas nécessairement liées non plus à une monnaie établie légalement et qui ne possèdent pas le statut juridique de monnaie ou d'argent, mais qui sont acceptées comme moyen d'échange par des personnes physiques ou morales et qui peuvent être transférées, stockées et échangées par voie électronique ».

- Puis sont apparus les *tokens*, ces jetons aux fonctions variables, objets juridiques non identifiés et source de grandes incertitudes³⁵. Ce sont eux qui sont créés lors des ICOs (*Initial coin offering*), des levées de fonds en cryptomonnaies qui peuvent faire craindre le pire pour des investisseurs novices. Le droit français veut se mettre à l'heure de cette « finance de substitution » par la loi PACTE qui tend à distinguer les bonnes et les mauvaises ICOs : seules les pre-

33 - L'article L. 223-12 du CMF issu de l'ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016 qualifie la blockchain de « dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification d'opérations ». - S. Drillon, « La révolution Blockchain. La redéfinition des tiers de confiance », RTDcom.2016, p. 893. - N. Devillier, « Jouer dans le « bac à sable » réglementaire pour réguler l'innovation disruptive : le cas de la technologie de la chaîne de blocs », RTDcom.2017, p. 1037.

34 - Modifiant la directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

35 - Le nouvel article L. 552-1 du code monétaire et financier définit le jeton comme « tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien », c'est-à-dire d'une blockchain. - Th. Bonneau, « « Tokens », titres financiers ou biens divers ? » : RDbanc. fin. 2018, Repère I. - L. Soleranski, « Réflexions sur la nature juridique des *tokens* », Bull. Joly Bourse, mai 2018, p. 191. - I.M. Barsan, « Comment réguler l'émission de cryptojetons ? », Rev. Banque Supplément, 1^{er} juin 2018, p. 61. - D. Legeais, « Développement et potentialités des cryptomonnaies », JCP E 2018, 583.

mières, respectant des critères de protection des investisseurs, recevraient un visa de l'AMF³⁶.

3 - Droit au crédit versus monopole bancaire

Le Conseil de Stabilité Financière (CSB) considère que le financement non bancaire, la diversification des sources de financement par dette des PME et des entreprises de taille intermédiaire (ETI) est une saine concurrence pour les banques : il définit le système de financement non bancaire comme « un système d'intermédiation de crédit impliquant des entités et des activités en dehors du système bancaire traditionnel, susceptibles de poser des risques systémiques et/ou de recourir à des arbitrages réglementaires »³⁷. Selon les critères proposés par le CSB et repris par la Commission européenne³⁸, les activités de financement non bancaire présentent une des caractéristiques suivantes :

- avoir recours à la collecte de capitaux présentant des caractéristiques similaires à celles des dépôts ;
- réaliser des opérations de transformation de maturité ou de liquidité ;
- réaliser des opérations de transfert du risque de crédit ;
- avoir recours au levier financier, c'est-à-dire à l'endettement afin d'accroître la rentabilité d'une opération d'investissement.

Le même constat fonde le recours de plus en plus massif à des modes de financement alternatifs : insuffisance de crédits bancaires, lenteurs, et exigences systématiques de garanties pour obtenir des prêts bancaires. Certes, les banques sont responsables en cas de crédit excessif, limitées par les contraintes prudentielles et le respect des ratios de solvabilité. Les entreprises

doivent alors se tourner vers d'autres financements, tels les emprunts obligataires – procédé qui n'est pas à la portée de tout le monde –, ou utiliser les multiples dérogations au monopole des établissements de crédit.

Dans cette approche, ces activités de financement non bancaire se fondent dans la nébuleuse du *shadow banking*, qualifiée aussi de « finance parallèle »³⁹.

a - Microcrédit

Le microcrédit est un prêt de faible valeur accordé par des acteurs non bancaires aux personnes exclues du système bancaire classique, faute de garanties réelles ou d'apport personnel suffisant. Le concept a été popularisé grâce au professeur d'économie Muhammed Yunus, prix Nobel de la paix 2006 et à sa célèbre Grameen Bank créée au Bangladesh en 1983⁴⁰. Le microcrédit professionnel est arrivé en France en 1988 pour stimuler la création d'une très petite entreprise en finançant un bien ou un service (une machine, du matériel informatique, un stock de marchandises, un véhicule, passer le permis de conduire), utile à un projet économique cohérent dont la légitimité est étudiée au cas par cas avec le conseiller social de l'association⁴¹. Le microcrédit personnel, apparu en 2005, est consenti aux personnes en situation d'exclusion et qui bénéficient d'un accompagnement social qualifié (chômeurs, allocataires de minima sociaux). Il n'existe pas de cadre juridique harmonisé en Europe. En France, le décret n°2012-471 du 11 avril 2012⁴² oblige les associations et fondations de ce secteur à obtenir une habilitation de l'ACPR, et le décret n°2018-950 du 31 octobre 2018⁴³ modifie les conditions d'octroi de microcrédits professionnels par les associations et fondations

36 - CMF, art. L. 552-4 à L. 552-6 nouveaux. P.-C. Pradier, « ICO : qu'es aco ? », Rev. Banque 2017, n°813, p.58. – D. Legeais, « Regards sur une opération juridique non identifiée : les ICOs », Dalloz IP/IT fév.2018, p. 113. – H. de Vauplane, « Pourquoi faut-il réguler les ICO ? », RTDF 2018, n°1, p. 68. – X. Vamparys, « Projet de loi PACTE : la France à l'avant-garde sur les offres de crypto-actifs », Banque et Droit, juill.-août 2018, p. 4. – A. Aranda Vasquez, « Le projet de loi PACTE et les *initial coin offerings* », LPA 27 août 2018, p. 7. – S. Bénézat, « ICO : un nouveau mode de financement en voie d'encadrement », Journ. sociétés avril 2018, p. 6. – F. Drummond, « ICO. Le législateur introduit des jetons dans le code monétaire et financier », JCP 2018, 1395.

37 - Global Shadow Banking Monitoring Report 2016, CSB, mai 2017, p. 5.

38 - Commission européenne, Livre vert sur le système bancaire parallèle, 19 mars 2012.

39 - H. Boucheta, « *Shadow banking* : menace ou opportunité ? » : Bull. Joly Bourse avril 2016, p. 171. – F. Marc, Sénat, Rapport d'information sur l'amélioration de la transparence et de la régulation du système financier parallèle, n° 607, session 2015-2016, 12 mai 2016, p. 25.

40 - Il avait constaté que des femmes pauvres ne pouvaient obtenir des banques locales du crédit pour leur petit commerce, faute de solvabilité suffisante. Sur ses propres fonds, il leur prêta de petites sommes qui furent rapidement remboursées.

41 - Citons par exemple l'ADIE Bourgogne Franche-Comté et son réseau de partenaires comme Pôle Emploi, les missions locales, BGE, les chambres consulaires, ou le Crédit Agricole et la Banque Populaire auprès desquels elle emprunte des millions d'euros qu'elle redistribue en microcrédit à des microentreprises.

42 - CMF, art. R. 518-58 mod. L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013.

43 - CMF, art. R. 518-57 à R. 518-62 modifiés.

habilitées. Les trois acteurs majeurs qui occupent ce terrain sont l'Adie (Association pour le droit à l'initiative économique), pionnière du microcrédit en France, France Active (garantie) et France Initiative (prêt d'honneur à 0%).

Le microcrédit est surtout présent dans les pays en développement où il est particulièrement adapté pour créer ou développer de l'agriculture, de l'artisanat, de l'élevage, de l'économie sociale. Le microcrédit connaît malheureusement des dérives, en se déplaçant de plus en plus vers les marchés financiers et en basculant dans le camp des banques commerciales dont la finalité est de faire des bénéfices. La société de gestion Tikehau IM a émis en mai 2011 la première obligation de microfinance cotée en Bourse, sur Alternet, le 1^{er} juillet 2011. Cette émission internationale, pilotée par la société Microfis, d'un montant de 20 millions de dollars, était destinée à financer Prasac, la plus importante institution de microcrédit du Cambodge. Le mexicain Banco Compartamos et l'indien SKS se sont introduits en Bourse pour financer leurs prêts, et la fameuse Grameen Bank elle-même est devenue un énorme conglomérat⁴⁴, ce que déplore le gouvernement du Bangladesh pour qui cette expansion est en inadéquation avec les règles originelles. Les taux d'intérêt sont également sur la sellette, accusés d'être de plus en plus élevés au fur et à mesure que les établissements se développent. Une seconde génération de prêteurs est en face d'une seconde génération d'emprunteurs plus instruits et portant des projets plus ambitieux : la première prêtait 30 ou 40 dollars, maintenant le microcrédit représente des centaines de millions de dollars par mois avec des prêts de centaines de dollars chacun.

b - Finance participative, nouveau visage du capital-risque

Né dans les années 2000 aux États-Unis, le *crowdfunding* s'est mis en place sur la toile en jouant sur des valeurs de solidarité et de partage, reposant sur l'appel à un grand nombre de personnes pour financer un projet par un prêt, un don ou un investissement (« private equity »⁴⁵), par dérogation au monopole bancaire.

La protection des investisseurs est mise à mal si les plates-formes et leurs gestionnaires ne

sont soumis à aucun contrôle, et si aucune réglementation n'encadre les professionnels qui contribuent au financement des projets et recommandent aux particuliers de participer aux opérations de *crowdfunding*. Le nerf de la guerre reste la détection du risque. La question de la régulation se pose dans de nombreux pays.

Aux États-Unis, le JOBS Act⁴⁶ du 5 avril 2012 encadre tant l'activité que les plates-formes, des limites étant apportées au montant du projet financé et au montant du financement apporté par les particuliers, et des obligations en matière d'informations étant imposées pour assurer la protection des investisseurs. En France, l'ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif est venue ajouter une nouvelle exception au monopole bancaire dans l'article L. 511-6 du code monétaire et financier et créer un encadrement juridique complété par le décret n°2014-1053 du 16 septembre 2014. L'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique plus aux personnes physiques qui, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales, consentent des prêts dans le cadre du financement participatif (*crowdfunding*), dans certaines conditions⁴⁷. Les plates-formes de financement participatif par souscription de titres financiers doivent être agréées en tant que prestataires de services d'investissement (PSI), ou être immatriculées sur le registre de l'ORIAS⁴⁸ en tant que conseillers en investissements participatifs (CIP) après examen de leur dossier d'immatriculation par l'AMF⁴⁹. Cette dernière est chargée de surveiller lesdits sites avec la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

46 - Jumpstart our business startups Act.

47 - G. Leclair, « « Crowdfunding » : peut-on raisonnablement être associé avec... la foule ? » : JCP E 2013, 1709. – J. Lasserre Capdeville, « Les incidences sur le monopole bancaire et le monopole des prestataires de services de paiement de l'ordonnance sur le financement participatif » : Gaz. Pal. 18 sept.2014, p. 5. – D. Dumont, « La foule au secours du financement » : Dr. et patr. avril 2014, p. 6. – « Un cadre juridique pour le financement participatif » : Dossier ss la direction scientifique de T. Granier : Bull. Joly Sociétés déc.2014, p. 740 s. – « Le crowdfunding ou financement participatif » : Dossier, Dr. et patr. juin 2017, p. 32 s.

48 - Organisme pour le registre des intermédiaires en assurance.

49 - Th. Bonneau, « La régulation du *crowdfunding* dans le monde » : RISF 2014/2, p.3. – AMF et ACPR, *Guide du financement participatif (crowdfunding) à destination des plates-formes et des porteurs de projets*, 2013. – ACPR et AMF, « Un nouveau cadre pour faciliter le développement du financement participatif », 30 septembre 2013.

44 - L'une de ses nombreuses filiales travaille avec Danone au sein de la Grameen Danone Food.

45 - Dans l'investissement au capital de PME-TPE, la prise de risque est maximale et la liquidité quasi nulle, aucun marché secondaire des parts n'étant organisé.

(DGCCRF) et l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR).

c - Crédit interentreprises

C'est le mode de financement extra-bancaire le plus prometteur et qui est expressément prôné et encouragé par le législateur.

Toutefois, évacuations tout de suite le crédit gratuit et le plus souvent forcé prenant la forme de **délais de paiement**, crédit client ou crédit fournisseur⁵⁰ sur lequel je ne m'attarderai pas, car il est considéré comme un des principaux maux de notre économie, et spécialement pour la trésorerie des petites entreprises : le législateur lutte constamment pour réduire ces délais, au titre des pratiques prohibées, malgré l'article L. 511-7-1° du code monétaire et financier qui en admet la validité⁵¹. Les délais de paiement ont également attiré l'attention des autorités européennes⁵².

- Les **bons de caisse** existent depuis 1937 mais personne n'en parle. Leur dernière version résulte de l'ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016. Ce sont des titres nominatifs et non négociables comportant engagement par un commerçant de payer à une échéance inférieure à cinq ans, délivrés en contrepartie d'un prêt. Peuvent en émettre, outre les établissements de crédit, les personnes physiques et sociétés qui exercent en qualité de commerçant et ont établi le bilan de leur troisième exercice commercial⁵³.

- Les opérations de trésorerie intra-groupe constituent le **crédit intra-groupe** autorisé par l'article L. 511-7, I, 3°, du code monétaire et financier : une entreprise, quelle que soit sa nature, peut « *procéder à des opérations de tréso-*

rie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ». Le texte, à vrai dire, n'est pas très clair : il ne parle ni de filiale ni de participation et n'indique pas l'importance du lien de capital⁵⁴. Il s'agit donc là d'une question de fait.

- La loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « **loi Macron** », est venue compléter l'article L. 511-6 du code monétaire et financier d'un alinéa 3 bis prévoyant la possibilité, pour certaines sociétés, de prêter de l'argent aux entreprises avec lesquelles elles ont des liens économiques⁵⁵. Néanmoins, la mise en œuvre de cette nouvelle exception au monopole bancaire implique la réunion cumulative d'un grand nombre de conditions⁵⁶. Ce prêt à court terme interentreprises permet de réaliser entre des entreprises partenaires des opérations de financement à titre accessoire à leur activité principale. Une entreprise ayant une trésorerie excédentaire est autorisée à prêter à un fournisseur ou à un sous-traitant, ou à une entreprise membre du même groupement d'intérêt économique, ou co-attributaire de marchés publics ou privés, etc., sans passer par les circuits bancaires. Et pour éviter toute spéculation, les créances détenues par le prêteur ne peuvent, à peine de nullité, être acquises par un organisme de titrisation ou un fonds professionnel spécialisé ou faire l'objet de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant

50 - Ce type de crédit interentreprises a pu être défini comme « *une source de financement à court terme, non gagée, accordée par une entreprise non financière et liée à l'achat de biens ou services* » : R. Trégouët, *Rapport sur le projet de loi relatif aux délais de paiement entre les entreprises*, Sénat, n°275, 3^e session extraordinaire de 1991-1992, spéc.p. 7-8.

51 - L'article L. 443-1 du code de commerce fixe un délai de paiement maximum pour certaines opérations. – V. également l'article L. 441-6 du code de commerce.

52 - Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales : JOUE n° L 48/1 du 23 février 2011. – G. Lardeux, « La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales » (Position commune du Conseil n°36/1999 du 29 juillet 1999 en vue de l'adoption d'une directive concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales) : JCP E 2000, p. 1318.

53 - CMF, art. L. 223-1 s.

54 - J. Lasserre Capdeville, « Le crédit intragroupe : une exception au monopole bancaire aux contours controversés » : AJCA, concurrence, distribution, oct.2017, p. 418. – Le contrôle assuré par une personne physique sur deux sociétés sœurs répond à la condition de contrôle effectif posée par le texte : Cass. com., 10 déc.2003 : Bull. Joly 2004, § 96, p. 503, note Moulin.

55 - H. de Vauplane, « La loi *Macron* et le crédit interentreprises : une nouvelle brèche dans le monopole bancaire » : Les Echos, 15 fév.2015. – D. Legeais, « Le crédit interentreprises réactivé » : RD banc.fin.2015, n° 5, repère 5. – J. Lasserre Capdeville, « La limitation du monopole bancaire par la reconnaissance du prêt interentreprises » : RD banc. fin. 2016, n° 1, Focus n° 1, p. 3. – N. Auclair, « La possibilité de prêts interentreprises au sein de la loi *Macron* ; une occasion manquée. À propos de l'article L.511-6 du Code monétaire et financier issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 » : Gaz. Pal. 24 mai 2016, p. 58.

56 - Précisées par le décret n° 2016-501 du 22 avril 2016 : CMF, art. R. 518-57 à R. 518-64. – V. B. Dondero et C. Tabourot-Hyest, « Le crédit interentreprises est désormais opérationnel » : JCP E 2016, 443. – T. Bonneau, Le régime du prêt interentreprises issu du décret du 22 avril 2016 : Bull. Joly Sociétés 2016, p. 311.

des risques d'assurance à ces mêmes organismes ou fonds.

II - Distorsions de concurrence pré-judiciaires au secteur bancaire

Le tableau des contraintes qui enserrant les structures et les activités du secteur bancaire révèle un accroissement continu des exigences quantitatives et qualitatives, qu'elles soient d'origine légale, prudentielle ou prétorienne. Toutefois et heureusement, après quelques hésitations et quelques lenteurs, la contre-attaque des banques s'organise.

A - Exigences prudentielles quantitatives

1 - Respect des ratios du Comité de Bâle

a - Ratio international de solvabilité (ratio « Cooke »)

Introduit par l'accord de « Bâle I », c'est le rapport entre le montant des fonds propres d'un établissement de crédit et le niveau des risques encourus, intégré dans le droit de l'Union européenne par la directive n°89/647/CEE du 18 décembre 1989 relative au ratio de solvabilité des établissements de crédit. L'accord de « Bâle II » l'a rendu plus exigeant, lui-même modifié en 2009, dans le contexte de la crise financière, afin de renforcer la surveillance des risques de marché et de prendre en compte les opérations de retitrisation. L'accord de « Bâle III », dont la mise en œuvre doit s'étendre de 2013 à 2019, vise à renforcer la résilience des établissements et systèmes bancaires, prévoyant principalement le renforcement du niveau et de la qualité des fonds propres. Il a été traduit en droit de l'Union européenne par la directive « CDR 4 » et le règlement « CRR » adoptés le 26 juin 2013. La directive a été transposée en France par l'ordonnance n°2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, complétée par deux décrets du 3 novembre 2014.

b - Ratio de levier

L'une des conséquences de la crise financière de 2008 a été l'alourdissement des contraintes d'ordre prudentiel. Un nouveau ratio fut institué, le ratio de levier. Le législateur européen, dans le sillon des travaux du Comité de Bâle – l'accord de « Bâle III » – a choisi de limiter le

recours à la dette pour le financement des investissements des établissements de crédit, dans le règlement 575/2013/UE du 26 juin 2013⁵⁷. Six groupes bancaires français ont fait l'objet de six arrêts du Tribunal de l'Union européenne du 13 juillet 2018⁵⁸, car ils n'avaient pas obtenu de la BCE la dérogation qu'ils sollicitaient concernant le calcul du montant de l'exposition totale des sommes correspondant à des produits d'épargne réglementée, sommes qu'ils sont tenus de transférer à la Caisse de Dépôts et Consignations. L'issue est heureuse car le Tribunal a annulé les décisions de la BCE.

c - Ratios de liquidité

Ils établissent un rapport entre le montant des avoirs liquides et mobilisables d'un établissement de crédit et le montant de ses engagements à court terme.

L'accord « Bâle III » prévoit le ratio de couverture des besoins de liquidité à court terme (LCR) et le ratio de financement stable net⁵⁹ (NSFR), destinés à assurer la capacité d'une banque à faire face à des retraits massifs en cas de crise.

d - Ratio de division des risques

C'est le rapport entre le montant des crédits accordés à un même client et le montant des fonds propres de l'établissement de crédit.

2 - Dispositions prudentielles françaises

Selon l'article L. 511-41 du code monétaire et financier⁶⁰, « les établissements de crédit et les sociétés de financement sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division de risques ». L'article L. 511-41-1-A du code monétaire et financier pose pour les établissements de crédit et les sociétés de financement des obliga-

57 - Aux termes de son article 429-2, 1^{er} alinéa, « le ratio de levier est calculé comme étant égal au montant des fonds propres de l'établissement divisé par le montant de l'exposition totale de l'établissement et est exprimé en pourcentage ».

58 - Trib. UE, 13 juill. 2018, aff. T-733/16, T-745/16, T-757/16, T-758/16, T-768/16 : D. 2018, pan. p. 2107, obs. H. Synvet : BNP Paribas, Crédit agricole, Société générale, BPCE, Crédit mutuel et Banque postale.

59 - V. en dernier lieu D. n° 2018-774 du 5 sept. 2018 : JO 7 sept. 2018 ; Arr. 5 sept. 2018 : JO 7 sept. 2018 ; JCP 2018, 953.

60 - Mod. par Ord. n° 2017-1107 du 22 juin 2017.

tions de fonds propres supplémentaires : quatre « coussins » de fonds propres visent à prendre en compte le cycle économique ainsi que le risque macroéconomique ou systémique.

B - Obligations imposées aux banques en faveur des clients vulnérables

Un nombre important d'obligations a été mis à la charge des banquiers, surtout ces dernières années, pour venir en aide à leurs clients en situation difficile ou vulnérables⁶¹.

1 - Droit au compte

Instauré par la loi « bancaire » n°84-46 du 24 janvier 1984, au bénéfice des personnes physiques ou morales dépourvues de tout compte de dépôt et confrontées à un refus, le droit au compte pèse sur les seuls établissements de crédit car il tend précisément à éviter l'exclusion bancaire qui entraîne des exclusions en chaîne, dans la mesure où depuis longtemps le passage par une banque est obligatoire pour certains actes de la vie courante : le code du travail oblige l'employeur à payer par chèque ou virement bancaire les salaires au-delà de 1500 €⁶², et le code monétaire et financier interdit les paiements en espèces au-delà de 1000 €⁶³. La loi PACTE du 22 mai 2019 a complété l'article L. 312-23 du code monétaire et financier, afin d'attacher au visa de l'AMF, prévu à l'article L. 552-4 du même code, accordé à certaines levées de fonds par ICO, un droit au compte opposable aux banques ; ces dernières répugnent aujourd'hui à prendre le risque d'ouvrir même un compte de dépôt à ces émetteurs de jetons qui leur inspirent la plus grande méfiance.

2 - Offre spécifique de produits et de services à une tarification attractive

Cette offre, portant sur des services basiques et de nature à limiter les frais supportés en cas d'incident, est imposée par l'article L. 312-1-3 du code monétaire et financier issu de la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, pour une

61 - L'Observatoire de l'inclusion bancaire (OIB), créé par la loi du 26 juillet 2013, publie un rapport annuel dressant un bilan statistique de l'inclusion bancaire en France et propose des actions destinées aux populations financièrement les plus fragiles. – J. Lasserre Capdeville et N. Théry, « La banque a-t-elle en 2018 des fonctions sociales ? » : JCP G 2018, 193.

62 - C.trav., art. L. 3241-1.

63 - CMF, art. L. 112-6 et D. 112-3.

« population en situation de fragilité financière », c'est-à-dire repérée par les banques comme susceptible de faire l'objet à court terme d'une procédure de surendettement⁶⁴.

3 - Obligations d'information de la clientèle et plafonnement des frais bancaires

Les frais et agios sont la bête noire des associations d'usagers des banques. Le législateur a écouté leurs plaintes. Les frais de rejet de chèque et de saisie sur compte bancaire sont plafonnés.

Les établissements de crédit⁶⁵ sont tenus de porter à la connaissance de leur clientèle et du public leurs conditions générales de banque et un tableau très détaillé des frais bancaires et cotisations afférents à chaque opération bancaire⁶⁶. En septembre 2018, les banques françaises se sont engagées volontairement, par l'intermédiaire de la Fédération bancaire française (FBF), à limiter les frais d'incidents de paiement et d'irrégularités de fonctionnement de compte.

4 - Devoirs de conseil et de mise en garde

Une longue construction jurisprudentielle a établi et affiné progressivement la responsabilité des établissements de crédit pour manquement à leur devoir de conseil puis de mise en garde, les deux pouvant d'ailleurs se cumuler.

Le devoir de mise en garde oblige le banquier dispensateur de crédit à alerter le cocontractant sur les risques d'endettement de l'opération envisagée. Certes, la Cour de cassation réserve le devoir de conseil à des dispositions légales ou contractuelles le prévoyant⁶⁷, et à des circonstances particulières, par exemple si c'est la banque qui prend l'initiative du montage de crédit⁶⁸ ou si elle donne un conseil inadapté à la

64 - Cette offre n'est pas rentable aux dires des banques, même si les services inclus restent limités : une carte de paiement à autorisation systématique, quatre virements, des prélèvements illimités et deux chèques de banque par mois.

65 - Et les établissements de paiement, seulement depuis le décret n° 2018-774 du 5 sept. 2018 modifiant l'art. D. 312-1-1 du CMF.

66 - CMF, art. R. 312-1 à R. 312-1-2.

67 - Un devoir de conseil est prévu aux articles L. 313-13 à L. 313-15 du code de la consommation en matière de crédit immobilier, depuis l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016.

68 - Cass.com., 7 fév.2018, n° 16-12808 : RTDcom. 2018, p. 175, obs. D. Legeais.

situation dont elle a connaissance⁶⁹, et réserve le devoir de mise en garde aux seuls emprunteurs non avertis, c'est-à-dire insuffisamment connaisseurs en la matière⁷⁰. Le préjudice né du manquement de l'établissement de crédit à son obligation de conseil ou de mise en garde lors de l'octroi d'un prêt s'analyse en la perte de la chance de ne pas souscrire celui-ci.

C - Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

S'agissant des mesures d'intérêt public, plus spécialement la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LCB-FT), il faut souligner qu'y sont assujettis quantité d'opérateurs du secteur non financier, comme le prouve l'impressionnant article L. 561-2 du code monétaire et financier qui cible pas moins de 17 catégories de professionnels allant des commissaires aux comptes aux antiquaires en passant par les opérateurs de jeux ou de paris. Progressivement, le dispositif anti-blanchiment s'intensifie au point de devenir un des piliers de la régulation et la règle KYC (*know your customer*) et un des principes fondamentaux du droit bancaire et financier contemporain. L'Europe étant en pointe en la matière, une directive n°2015/849/UE du 20 mai 2015 a été transposée en France par l'ordonnance n°2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 et son décret d'application n°2018-284 du 18 avril 2018⁷¹ : les obligations de vigilance, de déclaration et d'information se multiplient, le rôle et les pouvoirs du Tracfin sont renforcés et les contrôles accrus. Une nouvelle directive n°2018/843/UE du 30 mai 2018 renforce le cadre en comblant des lacunes qui préoccupaient les autorités au regard du développement des cryptomonnaies, de la corruption et de la nécessité d'une meilleure transparence des structures écran⁷².

69 - Cass.com., 13 janv.2015, n° 13-25856 : D. 2015, p. 2151, obs. D.-R. Martin ; Gaz. Pal. 15 mars 2015, p. 24, obs. S. Moreil ; RTDcom. 2015, p. 340, obs. D. Legeais.

70 - Sur l'évolution de la jurisprudence, V. A. Perin-Dureau, « Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de 10 ans de décisions » : JCP E 2016, 1304. – V. en dernier lieu Cass. civ. 1^{re}, 28 nov.2018, n°17-24.481 : le prêt remboursable « par paliers » lié à un taux variable peut se révéler dangereux pour l'emprunteur qui doit être mis en garde par le banquier lorsque cette solution est envisagée.

71 - CMF, art.L. 561-1 à L. 561-50, R. 561-41 à R. 561-50-2 et D. 561-51 à D. 561-54.

72 - Devant être transposée avant le 10 janvier 2020, elle élargit notamment le dispositif de lutte contre le blanchiment aux prestataires de services d'échange entre monnaies virtuelles. – M. Roussille, « LCB-FT : florilège de

Pour s'en tenir au domaine des paiements et du crédit évoqués plus haut, les personnes concernées sont aujourd'hui les établissements de paiement, les établissements de monnaie électronique, les plates-formes de vente et d'échange de monnaie virtuelle, les plates-formes de financement en *crowdfunding*, de même que les conseillers en investissement participatif et les intermédiaires en financement, sous le contrôle de l'ACPR et de l'AMF⁷³. Mais bien évidemment, ce sont les banquiers les plus surveillés et les plus lourdement sanctionnés sur ce terrain⁷⁴.

D - Contre-offensives des banques

1 - Tentatives de récupération du marché du financement

a - Offensives de communication sur les dangers du financement non bancaire

- **Le financement non bancaire peut devenir une source de risque systémique**, directement ou par son interconnexion avec le système bancaire⁷⁵. Les entités de financement non bancaire sont en effet interdépendantes des établissements bancaires, tant en raison de leur structuration que des opérations menées : elles peuvent être des filiales de banques ou de sociétés d'assurances, ou encore être indépendantes structurellement mais liées à des banques traditionnelles pour leurs besoins de refinancement ou de liquidités. Toutefois, les entités de financement non bancaires ne peuvent se refinancer auprès des banques centrales, ce qui les prive de liquidités en cas d'urgence ou de crise.

Les monnaies virtuelles, comme alternatives aux monnaies publiques officielles, au système bancaire mondial et au rêve d'une monnaie universelle, sont sous la surveillance d'un réseau

textes européens... Et quel impact pour les banques françaises ? » : Banque et Droit nov.-déc.2018, p. 38.

73 - D. Legeais, « Commentaire de l'ordonnance en date du 1^{er} décembre 2016 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme » : RTDcom. 2017, p. 146.

74 - En témoignent l'amende de 10 millions d'euros prononcée par l'ACPR contre la BNPP au titre de différents manquements relevés dans la mise en place de son système interne LCB-FT (ACPR, déc.n° 2016-06 du 30 mai 2017 : JurisData n° 2017-011726 ; JCP 2017, 861, note M.-E. Boursier ; Gaz.Pal.27 fév. 2018, p. 73, note M. Roussille), et l'amende de 50 millions d'euros infligée par l'ACPR à la Banque Postale pour les manquements commis dans le cadre du service de « mandats cash » (ACPR, déc. n° 2018-01 du 21 déc.2018 : Gaz.Pal. 19 fév. 2019, p. 71, note J. Morel-Maroger).

75 - V. M. Storck, art. préc., spéc. p. 940.

d'ordinateurs plutôt que sous celle des banques centrales.

Les banques françaises refusent d'ouvrir des comptes aux entreprises du secteur des cryptomonnaies par crainte d'application du dispositif anti-blanchiment et de lutte contre le financement du terrorisme.

Les régulateurs ont écarté le principe d'égalité de traitement (*level playing field*) entre les acteurs bancaires et ceux de la finance parallèle : transparence, protection des investisseurs, sécurité des données, etc.⁷⁶ Les banques mettent en avant la valeur ajoutée qu'elles apportent à leurs prestations : la connaissance client et la sécurisation de leurs opérations.

- Insistance sur la nécessaire protection des emprunteurs et des déposants

Le droit bancaire et ses normes d'ordre public protègent au maximum les emprunteurs. Un auteur a très justement évoqué, à propos du prêt interentreprise, « *les recours potentiels des emprunteurs à un droit quasi bancaire « amoindri* »⁷⁷. Les publicités des banques font leur promotion en insistant sur la relation banque-client, sur leur capacité à proposer le bon service au bon moment, à prédire les attentes et besoins en se basant sur les comportements historiques des clients et en recoupant l'ensemble des données en leur possession.

Les emprunteurs et leurs cautions vont être privés de la protection qui leur est offerte par la loi et la jurisprudence⁷⁸. Les entreprises n'ont pas toujours l'expertise et les moyens d'information des établissements de crédit pour apprécier le risque pris et contextualiser la situation de l'emprunteur, sur le plan national et international.

Pour ceux qui empruntent en dehors du secteur bancaire ultra sécurisé, qu'en sera-t-il par exemple de la responsabilité pour rupture des pourparlers ou pour rupture de crédit ? La principale liberté laissée aux acteurs extra-bancaires concerne l'intérêt et sa fixation. C'est le droit commun du prêt, de l'intérêt et du TEG qui va

s'appliquer, sans être bridé par l'interdiction de l'usure. La qualification de prêt usuraire ne s'étend pas en dehors du secteur bancaire⁷⁹.

Le droit des procédures collectives va également s'inviter dans les crédits non bancaires consentis aux entreprises en difficulté, s'agissant de l'exonération de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce, dans la mesure où ses dispositions s'appliquent aux fournisseurs de crédit. Ce sont là quelques illustrations de la moindre protection de ceux qui recourent à un financement non bancaire.

Enfin, la supervision bancaire et la régulation bancaire ne s'appliquent pas, et les fonds collectés auprès du public ne sont pas assimilables à des dépôts bancaires et donc pas couverts par le mécanisme d'assurance des dépôts.

b - De la méfiance à l'alliance avec les acteurs du financement non bancaire

Le développement du crowdfunding est une des conséquences de l'alourdissement des contraintes imposées au système bancaire. Et pourtant, si le crowdfunding contourne le système bancaire, les banques ne contournent pas le crowdfunding, voulant tirer parti de ce marché prometteur, faisant valoir leur rôle de tiers de confiance et leur expertise en termes de risque⁸⁰.

Les institutions de microfinance, elles aussi, comme les banques, ont d'abord regardé les plates-formes de financement participatif avec circonspection avant de décider d'en faire des

76 - Ch. Noyer, « Régulation financière et stabilité contre uniformité. Le point sur les acteurs non bancaires » : Conférence ACPR-Banque de France, 28 sept.2015. – V. au contraire en faveur d'une duplication des contraintes entre les deux secteurs : H. Boucheta, « Shadow banking : menace ou opportunité ? » : Bull. Joly Bourse avril 2016, p. 171.

77 - N. Auclair, art. préc.

78 - D. Legeais, « La fin annoncée du monopole bancaire » : RD banc. fin. 2015, repère n° 2.

79 - Selon l'article L. 314-6 du code de la consommation, c'est un prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues. L'article L. 314-9 épargne expressément les « prêts accordés à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale ».

80 - La Société Générale et le Crédit Coopératif ont un partenariat avec la plate-forme Spear, qui permet d'accorder des prêts à des porteurs de projets à intérêt social. KissKissBankBank est depuis juillet 2018 une filiale de La Banque Postale. Fortuneo – banque en ligne filiale de CréditMutuel Arkéa – a un partenariat avec la plate-forme SmartAngels, et BNP Paribas incube des projets avec la plate-forme WiSeed.

alliées, pour accroître l'effet de levier de leur financement⁸¹.

Quelques initiatives pluri-professionnelles peuvent être citées en exemple d'efforts particuliers en direction des TPE/PME. En juillet 2018, le dispositif « Crédit K€ » a été lancé à l'initiative de la Fédération bancaire française (FBF) et du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables (CSOEC). Via une plateforme, il vise à simplifier l'accès au financement des TPE/PME. La demande de financement, qui ne peut excéder 50.000€, peut être complétée par un prêt de Bpifrance pour le financement des éléments immatériels.

2 - Riposte aux néobanques

a - Relever le défi du low cost

Les banques se lancent dans la bataille du *low cost* pour tenter de séduire la clientèle jeune, la génération Y. C'est là où les banques ont du mal, car elles n'ont pas eu la réactivité nécessaire. Les Caisses d'épargne, troisième réseau bancaire français fort de 10 millions de clients, ont lancé en septembre 2018 l'offre Enjoy : un compte bancaire en ligne (sans découvert), une carte de paiement internationale, tous les services en accès libre de leurs agences (dépôt de chèques ou DAB) et, en cas de besoin, un conseiller joignable par téléphone ou par courriel, le tout pour deux euros par mois. Étonnant, c'est pile le prix et, peu ou prou, les mêmes services que EKO, l'offre à bas coût lancée en décembre 2017 par le Crédit agricole, leader du marché avec plus de 21 millions de clients. Le secteur des paiements est convoité par les grands acteurs de l'Internet, les opérateurs télécoms, voire les distributeurs. En ligne de mire pour ces acteurs non bancaires, l'accès aux précieuses données des consommateurs. Les banques ont laissé Paypal, conçu en 1998, acquis par eBay en 2002 et redevenu une société indépendante en 2015, devenir la référence du paiement en ligne, sans chercher à lui barrer la route. Maintenant, elles contre-attaquent pour reprendre la main sur le secteur des paiements. Les grands émetteurs de cartes bancaires créent leurs propres porte-monnaies virtuels : Visa Europe a créé V.me, Mastercard a créé MasterPass, le Créditmutuel-CIC a créé Bluemium. Les banques deviennent également partenaires de leurs concurrents : le groupe BPCE permet à ses

81 - Ainsi le réseau Initiative France, dédié au financement et à l'accompagnement d'entreprises françaises fragiles, s'est associé à Kisskissbankbank.

clients d'utiliser SamsungPay, le Crédit mutuel-CIC est devenu actionnaire de Lyf Pay.

À l'heure actuelle, les néobanques se concentrent sur le compte bancaire, sans découvert et sans AGIOS, et elles doivent solliciter des licences bancaires pour formuler des offres de plus en plus complètes⁸².

b - Intégrer la FinTech

Pendant des années, les banques n'ont pas eu la technologie comme priorité et en paient le prix, dans la mesure où la technologie devient le véritable avantage concurrentiel⁸³. Tant que les moyens de paiement se limitaient au cash, au chèque, au virement ou à la carte bancaire, les banques étaient reines en ce royaume. Or elles se sont laissées marginaliser au cœur même de leur métier. La révolution technologique conjuguée aux changements de comportement des consommateurs, l'explosion des modes de consommation nomades et des smartphones bousculent les frontières. La FinTech est devenue un acteur plein et entier de l'industrie bancaire et financière comme outil de compétition avec les GAFAs et autres opérateurs technologiques, sur fond de prospection du nouvel or noir qu'est le Big Data⁸⁴. Les banques traditionnelles se réinventent au contact des fintechs et organisent leur riposte. La FinTech est à la fois un aiguillon et un levier pour améliorer le service bancaire aux clients et optimiser leurs méthodes de vente (blockchain, IA, cloud...), l'efficacité des processus bancaires et leur sécurité. Le paradoxe est là : la blockchain, conçue à l'origine comme un moyen de contourner les institutions financières et les banques centrales, est en voie d'appropriation par ces institutions. La bancarisation des acteurs

82 - Ainsi, en 2017, Compte-Nickel est racheté par BNP Paribas tout en conservant son indépendance. En 2018, Compte-Nickel devient Nickel et réaffirme ses valeurs, sa singularité et son ambition d'accompagner 2 000 000 de clients d'ici 2020.

83 - La France n'est pas le seul pays à accuser ce retard du secteur bancaire. Le phénomène est déploré en Allemagne où la « fintech » allemande Wirecard a chassé en septembre 2018 Commerzbank – deuxième banque privée du pays - de l'indice DAX à Francfort. C'est Wirecard, leader mondial des paiements électroniques, né en 1999 et ayant acquis sa propre licence bancaire en 2007, qui a apporté à Orange la technologie de ses nouveaux services financiers, Orange Bank, et le Crédit agricole lui a confié son activité de paiements numériques.

84 - R. Bouyala, « La révolution FinTech : acte 2 » : Revue Banque, 2018. – Y. Eonnet et H. Manceron, *Fintech – Les banques contre-attaquent* : Dunod, 2018.

de la chaîne de valeur de la cryptomonnaie est en marche.

L'essor des crypto-monnaies et les enjeux de la blockchain doivent relever le défi de la confiance : un auteur a pu parler d'un jeu de « poker-menteur » auquel se livrent tous les acteurs potentiels⁸⁵.

Conclusion

Que reste-t-il aux banques menacées d'ubérisation ? La banque est-elle, dans le tissu économique français, la nouvelle sidérurgie ? Les activités de banque de détail étant dépecées, quels sont les îlots de résistance ? Des segments très spécifiques comme le crédit immobilier, où il faut avoir une connaissance très fine du client et de son projet, la banque d'affaires et la gestion de fortune⁸⁶.

Il est permis de se demander si, s'agissant du monopole bancaire, sans travail de réflexion préalable élargie et rationnelle sur les nouveaux impératifs économiques et les nouveaux besoins de financement, le droit bancaire français ne passe pas d'un excès à un autre. Le monopole a pendant longtemps verrouillé beaucoup d'activités, et les établissements bancaires sont enserrés dans des normes très strictes à tous les niveaux, qui ont tendance à les pénaliser. Mais pour autant, convient-il d'encourager à ce point les financements extra-bancaires ? Est-ce judicieux d'encourager des systèmes exempts de contraintes réglementaires, alors que la crise de 2008 a été favorisée par la titrisation qui a permis aux intermédiaires financiers de satisfaire plus facilement aux contraintes prudentielles auxquelles ils sont soumis ?

À quoi bon avoir forgé des systèmes de haute protection des prêteurs et des emprunteurs s'il devient aussi facile de les contourner ? Cette course effrénée vers « le crédit pour tous » n'est-elle pas une bombe à retardement ?

85 - D. Legeais, « *Blockchain et crypto- actifs : état des lieux* » : RTDcom. 2018, p. 754.

86 - Ainsi, la banque centenaire Barclays France est devenue Milleis Banque en mai 2018: rachetée par le fonds d'investissement AnaCap Financial Partners, l'ex-banque de détail change de stratégie sous son nouveau nom pour conquérir des clients « patrimoniaux » ayant entre 100 000 et 500 000€ d'avoires disponibles. Dans cette catégorie, la banque Lazard Frères Gestion, qui administre 23 milliards d'euros en France, se place dans le palmarès établi par Fundclass en première position sur le plan européen pour ses performances en 2018 et pour la régularité de ses performances sur sept ans.