**Droit bancaire et financier**

**Prof. Hervé CAUSSE**

**Master Droit 1 ou 2 !**

**Introduction**

L’objet du droit bancaire et financier : **l’argent** soit la monnaie, **les titres** qui représentent une valeur monétaire de façon plus ou moins directe (titres financiers dits valeurs mobilières), **les contrats** sur ces objets financiers (crédits, paiements, créations d’instruments de paiement dits hier moyens de paiement, créations de titres financiers), les **professionnels** autorisés à opérer dans ces domaines et les **autorités** surveillant ces domaines.

Tout cela prend un code entier de règles spécialisées ! Une matière encore en formation doctrinale. Une matière divisée par les auteurs. Une matière parfois négligée (le droit de la monnaie).

L’illusion historique : du droit bancaire, du droit financier, du droit du crédit, droit du financement, du droit des marchés financiers et l’illusion du droit des effets de commerce devenu, dans les années 1990, droit des IP…). Il y a là des « bouts de matière ».

Une matière unifiée en 2000 par le Code monétaire et financier (CMF) : le droit monétaire et financier !

Une matière unifiée, mais relativité de l’unité, par les personnes agréées et par les domaines (services de paiement n’est pas service d’investissement, par ex.).

Les liens et rapports avec les autres matières (droit civil, droit commercial, droit de la concurrence qui est une part du droit commercial et des affaires, droit du numérique…) puisque, au-delà des « matières », le principe est l’unité du droit. Le droit public est plus qu’utile : il est de principe avec le fonctionnement des régulateurs (AMF, ACPR, BCE, CNIL…) ; importance de la JP du CE !

**Chapitre premier. Présentation du droit bancaire et financier.**

On dépasse l’idée de DBF ou de droit monétaire et financier. Ce cadre fixe les idées, mais faut-il qu’il ait une réelle substance unitaire. Sachant que l’unité n’est pas parfaite (le DBF ou le CMF ne reflète pas un droit parfaitement délimité et autonome avec ses principes propres et ses méthodes d’interprétation ; on l’a dit, les principes civils demeurent et on interprète les textes selon les méthodes usuelles – analogie, a contrario, a fortiori…). Pour comprendre on va relater le CMF (A), on citera ensuite des règles unitaires valant pour (à peu près) tous les acteurs du CMF (B) et on insistera sur la philosophie (même si le mot est trop fort) du DBF qui illustre le phénomène du droit de la régulation (C).

**A. Présentation du CMF, les sources du DBF.**

L’idée fondant la codification dans la loi d’habilitation (lien avec les pseudo matières : droit des IP, droit du crédit)

La sélection des deux cents textes faisant le CMF et la matière (5 ou 6 ont bien dû être oubliés) par la commission de codification.

La codification à droit constant par ordonnance (principe pour l’interprétation, mythe et réalité) en 2000.

Après la ratification, les modifications légales ont été nombreuses (UE, ordonnances, loi et décrets…)

Les multiples directives et règlement UE transposés dans le CMF (ainsi renouvelé)

Les divers services divisant le CMF (services de dépôt ; d’abord la monnaie…, de crédit, services d’investissement, services de paiement…, le prochain service sera le FP avec des prestataires R. UE 2020). Mais que contourne les services ?

Les règlements : parties R et D du CMF, plus les arrêtés du ministre de l’économie (CMF, art. L. 611-1 et s.).

*In fine*, faisons trois précisions. Les sources du droit peuvent être les usages (entre professionnels), la JP (CE et Cass.) et les R UE qui sont de principe sans transposition (par la loi et / ou dans le CMF).

Code et code d’éditeur. Les autres textes annexés aux éditions privées des codes, par exemple le RG de l’AMF un quasi code du marché financier, art. L. 621-1 et s.), ou d’autres textes non réglementaires.

**B. Règles spécialement unifiées, l’unité du DBF.**

On prend 5 exemples qui indiquent le caractère unitaire de la matière puisque les règles sont communes à la plupart des professionnels ou opérations. Ce qui veut aussi dire que de très nombreuses règles, les autres règles, varient selon les services en cause. Toutefois, la première unité est dans le phénomène monétaire (art. L. 111-1 et s.) qui vaut pour tout le CMF, bien sûr, mais aussi pour tout le droit.

Citons ou traitons la question en 5 exemples.

La monnaie, le droit de la monnaie du CMF c’est la monnaie du Code civil… (voir chapitre 2)

Le secret bancaire des établissements agréés (CMF, art. L. 511-33)

La déontologie des dirigeants d'établissements agréés (CMF, art. L. 500-1)

Le démarchage bancaire ou financier (CMF, art. L. 341-1), à ne pas confondre avec les règles des opérations à distance qui sont également unifiées (CMF. art. L. 343-1 et 311-12, et C. cons.) (un contrat à distance n’est pas toujours d’une sollicitation commerciale d’un professionnel).

La surveillance par les autorités (ACPR, CMF, art. L. 612-1, et BCE ; ASF-UE ; et aussi, à la marge pour le crédit, les dépôts et les paiements, mais à titre principal pour tout lacement ou investissement, l’AMF ; CMF, art. L. 621-1 pour l’AMF) ; la surveillance est en pratique générale et concerne tous les acteurs.

**C. Le droit de la régulation, la philosophie du DBF.**

Voilà un monde juridique nouveau qui émerge depuis quelques décennies. Quand le législateur suit des voies convergentes, c’est qu’un grand phénomène agit. Tout de suite, c’est le numérique. Il y a 30 ans, c’était la finance (importances des actifs, ils s’accroissent encore). D’où aujourd’hui, pour couvrir la finance (ainsi présentée et vécue), au-delà d’un DBF, **un véritable droit de la finance** (voyez ma dernière étude sur le blanchiment qui propose ce concept).

Pour contrer les grands phénomènes sociaux, le Droit mute (consommation, concurrence, finance, numérique). Existence, rôle primordial des régulateurs (ACPR – BCE), contrôles ex-ante (agrément) et ex-post, poids des normes spéciales ou normes molles, moyens de la surveillance, mouvement interne et externe de la conformité / compliance, actions de suivis et de rapports (récent rapport sur l’IA), enquêtes et instructions sur place, injonctions diverses, commissions des sanctions, collège de résolution). Le droit commercial connaissait aussi ses institutions et mécanismes (droit spécial, contrats simplifiés, instruments de paiement, tribunaux spéciaux, arbitrage, procédure de faillite). Il répondit à l’invention du commerce moderne lié à l’industrie (lire Zola). Ces phénomènes juridiques existent pour contrer / réguler / maîtriser tous les grands phénomènes : la consommation, la concurrence et maintenant le numérique (ô célèbre CNIL !).

Voir, sur l’identité de la régulation, mon intro DBF, n° 21 et 24 et s. Mais on peut le caractériser (un droit avec des régulateurs, des institutions très spécialisé, un droit réactif, spécialisé (RGAMF), économique, professionnel, un droit avec des contrôles suggérant la *compliance* et l’exigeant aussi, un droit administratif spécial avec des sanctions et des commissions de sanctions ; voilà une belle question pour un examen). Il y a à considérer ces caractères et aussi le cumul de ses caractères.

**Chapitre 2. La monnaie**

Il n’est pas de meilleur thème pour illustrer le droit de la régulation, le fait politique et juridique de la régulation qui vient d’être vu. Faut-il encore vouloir examiner le réel (ici monétaire) au-delà du formel des règles énoncées et en considérant toutes les règles énoncées (par exemple le droit informatique de la BCE et support de l’euro… avec les IFM, v. mon Droit bancaire et financier, n° 18, 31, 47)[[1]](#footnote-1).

Plus simplement. Du droit commun en début de CMF ! Peu de règles mais tout un système monétaire (BDF/ Banques ; SEBC). Le régime monétaire est commun à toutes les matières juridiques, même aux branches de droit public.

**Section 1. La monnaie, un singulier pluriel**

Dépasser l’approche économique. Les fonctions de la monnaie (paiement, réserve, mesure d’échange). Les masses monétaires. La création monétaire ne peut pas être dépassée (BCE/BDF

**A. La monnaie au singulier**

§ La notion brute

Unité, nom, valeur ; énoncé CMF, L. 111-1 (Règlements CE de 1997 et 1998, Traités)

La définition, essai doctrinal positif et littéral

§ La notion en contexte (vue simplifiée)

La monnaie dans le contrat, un moyen de droit (tous les contrats sauf l’échange ?)

La monnaie dans le droit des biens, la monnaie objet de droit (la vérité de la propriété contredite : avec le compte et avec les changements de monnaie)

**B. La monnaie au pluriel**

Les masses monétaires économiques (rappel, vu en début de chapitres)

§ Les types formels de monnaie

Au-delà de la classification classique (pièces et monnaie, monnaie scripturale)

*(fiduciaire, scripturale, centrale, électronique, le cas marginal de la monnaie locale complémentaire et déjà la cybermonnaie ou crypto-monnaie ? ; les devises) ; les monnaies démonétisées*)

§ Les qualités juridiques de la monnaie (des fonctions économiques aux qualités…)

Outre la récitation indivisible, immuable, neutre, fongible, liquide et obligatoire

Essai de critère de la monnaie, un point oublié

**Section 2. La réglementation de la monnaie**

Les questions précédentes traitent déjà de la réglementation, mais à travers une législation autre (celle sur les obligations ou contrat, celles sur les biens et en premier lieu les textes portant la définition de la monnaie et de l’euro).

§ 1 L’usage libre des espèces, principe des instruments monétaires devenu illusion

Remise et détention libre. Limites pour les règlements professionnels. Une obligation spéciale interdisant les espèces. Obligation d’accepter sauf l’appoint. La législation Covid de crise sanitaire n’a pas modifié ces règles.

§ 2 L’usage des clauses monétaires, indexation et monnaie étrangère

L’indexation autorisée mais « encadrée ». L’historique de la clause d’échelle mobile.

§ 3 L’usage de la monnaie et les frontières, les relations financières internationales

Plan européen et international

La liberté, la déclaration préalable ou la demande pour une autorisation préalable

§ 4 L’usage de la monnaie et les instruments de paiement

Une situation historiquement claire, l’instrument de paiement transporte des instruments monétaires (la notion plus générale de moyens de paiement repose sur cette idée : art. L. 311-3 CMF).

Une situation électroniquement embrouillée, une certaine confusion des deux instruments avec la monnaie électronique (v. infra).

**Conclusion** de philosophie juridique : la monnaie, chose ou objet ? Objet financier ?

**Chapitre 3. Les établissements de crédit**

L’agrément permet à la société de réaliser les opérations de banque (effectivement) et bien d’autres.

**Section 1. L’agrément de l’établissement de crédit**

**A. L’agrément sur dossier pour effectuer des opérations de banque**

L’agrément en qualité de B, de BCM ou de ECS

Les banques et les ECS (les sociétés foncières ne sont pas traitées, SCF et SFH)

La logique de la régulation (conditions permanentes, contrôles, adaptation des ratios)

Le droit de la régulation (irréductible à la notion de réglementation)

**B. L’exercice effectif des opérations de banque (CMF, 311-1)**

Les dépôts (art. 312-2)

Les crédits (art. 313-1, « opérations de crédit)

3 grandes catégories selon l’analyse classique (fonds ; signature ; vente avec option : « leasing »)

Validité, relativité (exclu), médiocrité [fin & critère] ; preuves concrètes (affaire Free SFR et jetons)

Les « moyens de paiement » et la mutation des services de paiement.

Le service de paiement bancaire… le chèque !

Les sanctions (civiles, pénales administratives de personnes agissant outre ou sans agrément)

**Section 2. Le régime des opérations non strictement bancaires**

**A. L’exercice des activités connexes (CMF, 311-2)**

Une longue liste juridique (mais aussi économique : la réalité des métiers…)

Deux caractéristiques \* Exercice illimité en CA \*\* Exercice de plein droit ou avec agrément

Le jeu des PSP et des services (PSP : entreprises agréées ou ayant qualités)

Remarque générale : information, loyauté et clarté à l’égard du régulateur (ACPR/AMF/BDF)

**B. L’exercice d’autres activités**

Activités de participations (limites de ratios complexes)

Activités purement distinctes de la finance (10% du CA)

**Section 3. Le régime de l’exercice et la problématique des intermédiaires**

Le cas historique du « mandat » à une personne (IOBSP, idée de rabatteur d’affaires : idée).

La distinction d’avec le démarchage bancaire et financier.

Le cas de l’intermédiaire en général (divers statuts, dont le FP…)

**Section 4. Les principes des banques coopératives ou mutuelles (c & m)**

Mission originale amenuisée (prêts bonifiés % en – ou ressources spéciales : Livrets)

Organisation originale préservée (organe central, lui aussi banque & banques locales / régionales)

Le lien OC et B. régionales, on joue à logique renversée ; le fondement même des groupes est ignoré.

La réalité des divers réseaux bancaire c & m

Une gouvernance para-capitaliste & Une pratique bancaire capitaliste ?

**Chapitre 4. Les ECS (non traité : synthèse rapide)**

Les établissements de crédit spécialisés (ECS) sont légalement spécialisés dans le crédit immobilier ; le CMF distingue les sociétés de crédit foncier (SCF) et les sociétés de financement de l’habitat (SFH) ; ils disposent d’un mode de financement favorable à travers ce qui est appelé, communément, les « obligations foncières », un titre obligataire garanti. Ce point n’est pas étudié.

**Chapitre 5. Les autres établissements (non traité : synthèse rapide)**

**A. Les établissements « assimilés »**

Caisse des dépôts et consignation

Banque publique d’investissement

AFD – Agence française de développement

**B. Les autres établissements à caractère financier**

Les sociétés de financement (du crédit +1 / EME/PSI/EP)

Un régime général

Les SCB

Etude des principes du crédit bail à l’occasion

Les SCM – sociétés de caution mutuelle

Les entreprises du secteur de l’investissement (les PSI)

Les entreprises d’investissement (EI)

Les sociétés de gestion de portefeuille (SGP) (une activité, un service, un contrat)

La problématique de la distinction d’avec les PSI

* OPC à distinguer des PSI
* Conseiller en investissement financier (CIF) : un statut
* Conseiller en gestion de patrimoine : pas de statut juridique

**Chapitre 6. Les cadres des services bancaires**

Parons plus sur le « bancaire » (un type de pro) que sur le « bacaire et financier (20 professionnels…).

**Section 1. Les cadres fondamentaux légaux**

**Le contrat**

**Le droit commun, ou droit civil**

Les conditions du droit commun (dol trop souvent tenté)

La mise à l’écart de certaines règles (durable ? Ds le compte : FM ; abus d’utilisation)

Le droit spécial, commercial ou de la consommation

Grande liberté sur la forme et la preuve en commercial, TCo

Liberté limitée sur la forme et la preuve

**La responsabilité**

La responsabilité professionnelle traditionnelle

La responsabilité civile contractuelle (voir après MEG, réparation PDC)

La responsabilité civile délictuelle (soutien abusif / crédit ruineux)

**La responsabilité professionnelle « nouvelle » (philosophie de la régulation)**

Nouveauté : la Commission bancaire sévissait dans les années 80… Les CS des régulateurs (AMF ACPR CNIL) : blâme…/ amendes dites sanctions pécuniaires / interdictions diverses (perso, ct, activités)

**Section 2. Des devoirs généraux jurisprudentiels**

Obligations accessoires à des contrats relevant du droit civil, droit commercial précité ou droit de la consommation. Ne pas faire des dogmes… d’autant que, en pratique… Précisons : un cas de RCC c’est encore du droit commun ! Devoir qui valent en tant qu’obligations civiles (devoirs / obligations).

Le **devoir d’information** : clair et net et souvent absorbé par les textes spéciaux (cons ; CMF) et renforcé en droit commun ; rares défauts en JP, mais parfaitement possible. Rares condamnations (l’offre / le ct, la couvre en général),

Le **devoir de mise en garde** : une obligation bien réelle mais encadrée et limitée

Le **devoir de non-immixtion** : Outre le secret déjà vu… l’équivoque face à la LAB. Néanmoins un principe qui demeure (ordre).

Le **devoir de vigilance** : une simple obligation *contractuelle* de rigueur et de vérifier une anomalie apparente ; à ne pas transformer car absence de devoir JP de surveillance (différent LAB-FT ou LCB-FT).

**L’obligation de conseil** : sauf si la banque s’engage à conseiller, le principe est que l’obligation n’existe pas, avec diverses exceptions.

5 hirondelles jurisprudentielles ne font pas un printemps juridique… et pour quel « service » (européen) ?

**Conclusion**. Des obligations déontologiques, juste ici citées (les « règles de bonnes conduite » posées à plusieurs reprises dans le CMF), qui renouvellent les obligations de chaque personne agréée. Des mots neufs… oui mais des idées et effets neufs ? A voir. En RC boursière…

1. Règl. CE n°25/2009 de la BCE du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires. [↑](#footnote-ref-1)