

Introduction

1. Première approche du droit bancaire – Le droit bancaire peut être défini comme l'ensemble des règles visant à encadrer le statut des acteurs et des activités relatifs au commerce de l'argent. Il s'agit à la fois d'une branche du droit très moderne et évolutive, comme en témoigne le caractère particulièrement foisonnant de la réglementation en la matière, mais aussi d'un droit très ancien qui puise ses racines dans l'Histoire. En effet, dès lors que des sociétés humaines connaissent des échanges économiques, la banque apparaît comme un intermédiaire indispensable des transactions commerciales. Les premières traces de l'activité de banque sont recensées par les historiens à Babylone grâce au Code d'Hammourabi. On sait que ses habitants avaient l'habitude de déposer leur argent dans les temples parce que c'était un lieu sûr, sous la protection des dieux ¹. On retrouve ensuite l'activité bancaire sous des formes diverses, change, dépôt, crédit dans toutes les civilisations commerçantes de la Méditerranée, grecque puis romaine. Elle renaît ensuite vers le XI^e siècle avec la fin des grandes invasions et la reprise de la vie économique. Avant l'émergence des États Nations, l'activité bancaire va connaître un essor extraordinaire d'autant qu'elle est déjà internationale au sens propre du terme. À cette époque, les banques servent surtout d'intermédiaires pour permettre le règlement des échanges internationaux entre communautés politiques différentes afin de réaliser les opérations de change indispensables aux transactions en raison des nombreuses monnaies qui circulaient alors en Europe. Le banc du changeur, sur lequel se déroulent les opérations de change dans les foires, va donner son nom à la fonction de banquier. Grâce aux banques, le commerce peut se développer dans une relative sécurité induite par l'inutilité d'avoir à transporter de l'argent pour procéder au règlement des marchandises, déjà réalisé grâce à la célèbre lettre de change.

Souvent obligé de garder de l'argent pour le peser et le compter, le banquier dispose de coffres-forts solides qui vont inciter les gens à lui confier leur argent. Le banquier devient ainsi un dépositaire. Assez vite, ces changeurs devenus banquiers se rendent compte qu'ils peuvent faire fructifier cet argent immobilisé et deviennent également dispensateurs de crédit. Toutes les fonctions économiques prises en charge par les banques modernes ont ainsi vu le jour. Dès lors, toutes ces activités proposées par le banquier ne cessent de croître, prenant un essor tout

1. R. Szymkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1989, n° 13.

particulier à la Renaissance sous l'influence du commerce maritime et terrestre à la suite des grandes découvertes, qui appellent un besoin important de capitaux, et de la Réforme, qui va conduire à la disparition de la réprobation morale entourant le commerce de l'argent dans les pays protestants, et au développement considérable de l'activité bancaire avec des techniques nouvelles qui permettront de financer des activités commerciales de toute nature. Toutefois, la France reste à l'écart de ce mouvement en raison de la domination du Catholicisme, hostile aux métiers de l'argent, mais aussi à cause de la monarchie absolue, qui redoute l'émergence d'une puissance financière autonome mettant en péril son pouvoir². La faillite de Law puis des assignats ont en outre créé une méfiance durable à l'égard de la monnaie fiduciaire.

C'est réellement à partir du début du XIX^e siècle et l'avènement du capitalisme et du libéralisme que les banques modernes vont voir le jour. Rattrapant les autres pays capitalistes, les banques françaises jouent désormais non seulement un rôle essentiel dans le développement des activités économiques, mais également en matière d'investissement et d'épargne qui représentent les deux rouages essentiels de la vigueur des économies capitalistes. Elles sont enfin également chargées de créer et de faire fonctionner la monnaie scripturale³.

2. Évolution contemporaine du droit bancaire – Puissantes et indispensables économiquement, les banques sont longtemps restées un relais essentiellement réservé aux professionnels de la vie des affaires. Or, fait majeur de l'époque contemporaine, les activités bancaires ont peu à peu pénétré tous les aspects de la vie courante et remplissent un rôle social considérable. Certaines opérations de banque, autrefois réservées à une clientèle aisée, se sont largement démocratisées. Il suffit de penser au développement du crédit qui permet aux consommateurs d'accéder à la propriété ou d'acheter des biens de consommation quand ils ne disposent pas de fonds suffisants. Ce recours au crédit a d'ailleurs été largement encouragé par les pouvoirs publics pour lesquels la consommation constitue un moteur essentiel de la croissance. En outre, un cercle toujours plus étendu de personnes a accédé aux comptes en banque et aux opérations qu'il permet de réaliser. Qui peut aujourd'hui dans notre société vivre sans ouvrir un compte en banque ? Le seul jeu du marché ne permettant pas d'assurer cet objectif, l'État n'hésite pas à intervenir pour garantir à tous l'accès à la banque. Cette entorse notable à la liberté contractuelle, qui vient imposer un contrat-cadre et la mise à disposition de services gratuits aux particuliers par des entreprises privées, montre bien toute l'emprise qu'entend exercer l'État sur le commerce de l'argent à travers la réglementation bancaire. L'activité bancaire se présente ainsi comme une activité privée lucrative mais aussi, dans une certaine mesure, comme une activité de service public. L'absence d'accès à la banque constitue indéniablement

2. R. Szramkiewicz, *op. cit.*, n° 230.

3. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit du crédit*, T. 1, Les institutions, Litec, 1990, n° 12.

un facteur particulièrement important d'exclusion que l'État cherche à parer en imposant aux banques la fourniture de services bancaires minimum à tous. Cette exigence résulte de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier et des décrets, notamment celui du 17 janvier 2001 pris pour son application. En vertu de ces textes, toute personne physique ou morale domiciliée en France et dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un compte, sachant qu'en cas de refus d'un établissement bancaire, la Banque de France peut désigner un établissement bancaire qui devra ouvrir ce compte. Cette ouverture doit être accompagnée de services bancaires de base, à savoir la délivrance de relevés d'identité bancaire, la domiciliation bancaire, la réalisation d'opérations de caisse, l'encaissement de chèques, virements et mandats postaux, une carte de paiement à autorisation systématique, ou encore des formules de chèques, autant de services qui doivent être délivrés gratuitement par les établissements de crédit⁴. Le banquier est ainsi devenu un interlocuteur indispensable de la vie quotidienne.

3. Caractéristiques du droit bancaire – Au-delà de cette perspective historique et sociologique, l'activité bancaire a toujours été au cœur des grands équilibres économiques, monétaires et financiers, comme l'ont récemment mis en lumière les crises financières qui se sont succédé depuis 2008. Le commerce de l'argent est central dans la vie de tous, du simple particulier à la plus grande des multinationales, ou même des États les plus puissants. Il n'est donc pas étonnant que sa régulation soit en perpétuelle évolution en raison des mutations fondamentales qui affectent l'environnement juridique et économique contemporain : harmonisation internationale et européenne, dématérialisation de la monnaie mais aussi désormais des contrats et des services⁵, mondialisation des marchés monétaires et financiers. Cette évolution ne se fait pas sans heurt en raison des intérêts contradictoires des parties en présence. Les banques sont avant tout des sociétés commerciales à but lucratif qui entendent tirer profit du commerce de l'argent. Les clients doivent eux pouvoir confier leurs biens et investir en toute confiance. Traditionnellement, c'est l'État qui se pose en arbitre de ces intérêts mais qui intervient aussi plus directement dès lors que sa politique monétaire ou de soutien à la consommation est en cause. Ce contrôle de l'État sur le secteur bancaire s'opère de plusieurs manières : le contrôle dit prudentiel, qui porte sur la situation des établissements de crédit et fait de la banque une activité sous la tutelle de l'État, un contrôle de la politique monétaire qui relevait de la Banque de France, et désormais largement de la BCE, et un contrôle des activités de banque elle-même par le biais d'une législation d'inspiration parfois libérale et

4. Le non-respect du droit au compte peut d'ailleurs donner lieu à des sanctions disciplinaires de la part de l'ACPR, voir ACP, Commission des sanctions, décision n° 2012-09 du 3 juillet 2013, blâme et sanction pécuniaire de 2 millions d'euros à l'égard du Crédit Lyonnais.

5. M.-E. Mathieu, *Les services bancaires et financiers en ligne*, RB Édition, nos 1 et s., « Quel droit pour la banque en ligne », *Banque & Droit*, Hors-série, juin 2013.

souvent consumériste inspirée par le souci de protéger les clients des banques. La situation est toutefois devenue plus complexe et difficile à réguler depuis que l'État n'est plus le seul arbitre de ces relations fortement internationalisées⁶ qui échappent en partie à son contrôle, d'autant qu'il dépend très largement de ces acteurs privés pour financer sa dette, comme l'a montré la récente crise des dettes souveraines.

4. Plan – Il convient de présenter plus précisément l'objet du droit bancaire (Section 1), puis les sources de la matière (Section 2).

SECTION 1 OBJET DU DROIT BANCAIRE

Ce qui caractérise le droit bancaire et fait sa grande particularité est d'être à la fois le droit d'une profession (§ 1) et le droit d'une activité (§ 2).

§ 1 LE DROIT D'UNE PROFESSION

5. Les fondements du contrôle étatique sur la profession bancaire – La tutelle étatique exercée sur la profession bancaire repose sur de puissantes justifications tant politiques qu'économiques mises en lumière par la crise financière survenue à l'été 2008. Rouage essentiel du commerce de l'argent, de la distribution des crédits, détentrices des dépôts des particuliers comme des entreprises, les banques constituent un acteur incontournable de toutes les activités économiques. On comprend dès lors que l'État intervienne afin de contrôler à la fois l'accès à l'activité bancaire et les conditions d'exercice de ces activités.

6. Évolution du contrôle étatique – C'est la première grande crise bancaire et financière de 1929 qui a fait prendre conscience aux États de la nécessité d'un contrôle étroit de la profession bancaire, conduisant l'État à sauver les grandes banques existantes tout en réglementant la profession bancaire⁷. Cet interventionnisme étatique a ensuite reculé, le libéralisme économique s'étant traduit par une certaine dérégulation du secteur bancaire et un relatif désengagement de l'État, comme l'illustre notamment la privatisation des grands

6. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2012.

7. Ce même mouvement a également pu être observé aux États-Unis avec l'adoption du Glass-Steagall Act par le Président Roosevelt.

établissements de crédit. Les crises subies par le secteur bancaire et financier depuis 2008 dont les effets sur l'ensemble de l'économie ont été dévastateurs conduit aujourd'hui les États à renforcer le contrôle exercé à la fois sur la profession bancaire mais aussi sur le système bancaire, que ce soit au plan national, européen ou international. En témoignent les importantes réformes qui se sont succédé à un rythme effréné visant à renforcer l'efficacité du contrôle exercé sur les établissements de crédit. La première d'entre elles résulte de l'ordonnance du 21 janvier 2010 créant l'Autorité de contrôle prudentiel⁸ qui opère une double fusion : une seule autorité est désormais chargée de la délivrance de l'agrément permettant d'exercer l'activité bancaire, de la surveillance et du respect de la réglementation professionnelle, missions qui étaient auparavant dissociées. En outre, cette nouvelle autorité couvre à la fois les secteurs de la banque et de l'assurance qui relevaient jusqu'alors d'autorités distinctes. Cette fusion n'est toutefois pas complète car elle ne concerne pas les marchés financiers qui demeurent soumis à la tutelle de l'Autorité des marchés financiers. La seconde réforme vise plus largement à renforcer la solidité du système bancaire et financier et à mettre en œuvre les mesures arrêtées par le G20 au plan national. Dans ce but, la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière a eu pour objectif de renforcer les contrôles étatiques en matière bancaire et financière. Ce mouvement s'est depuis lors prolongé tant au plan interne⁹ qu'au plan européen¹⁰ par un profond renouvellement de la supervision bancaire, évolution qui n'est sans doute pas encore achevée¹¹.

-
8. Devenue l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution depuis la loi du 26 juillet 2013.
 9. La dernière réforme d'importance résulte de la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.
 10. Les autorités européennes mettent progressivement en place un système unique de surveillance au plan européen, voir Th. Bonneau, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP G* 2012, 1645 ; A. Gourio et L. Thébaud, « Union bancaire européenne, suite... Proposition de règlement du 12 septembre 2012 instituant un Mécanisme de surveillance unique », *RDBF*, novembre-décembre 2012, comm. n° 196 ; J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « Union bancaire. Vers un bouleversement de la supervision bancaire », *Revue Banque*, n° 752, octobre 2012, 50. Ce sont également les règles prudentielles applicables aux établissements qui sont modifiées par ce que l'on nomme le « paquet CRD IV », composé d'un règlement CRR, règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 et de la directive 2013/36/UE du même jour qui reprend les règles relatives à l'accès à l'activité bancaire et à l'exercice de l'activité bancaire qui figuraient auparavant dans la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 qu'elle abroge. Ils ont été complétés par deux autres règlements : Règlement UE n° 1024/2013 du 15 octobre 2013 confiant à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit et Règlement UE n° 1022/2013 du 22 octobre 2013 modifiant le Règlement UE n° 1093/2013 instituant l'Autorité bancaire européenne. Ces textes sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2014.
 11. Voir par exemple le projet d'instaurer un mécanisme de résolution unique visant à établir des règles uniformes en matière de résolution des banques défaillantes au sein de l'Union

7. L'objet de la réglementation de la profession bancaire – Le droit bancaire a pour objet de réglementer à la fois l'accès à la profession bancaire, les établissements étant tenus de solliciter un agrément auprès de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, et l'exercice de la profession¹². En effet, cette autorité est également chargée de contrôler le respect par les établissements de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires applicables aux établissements eux-mêmes, notamment les règles prudentielles qui ont pour objet d'assurer la solvabilité des établissements de crédit, la liquidité et la sécurité des dépôts bancaires mais elle doit aussi veiller au respect des règles relatives aux services bancaires proposés à la clientèle.

§ 2 LE DROIT D'UNE ACTIVITÉ

8. L'élargissement de l'activité des banques – Le caractère vital de l'activité bancaire pour l'économie d'un pays justifie à lui seul qu'elle s'exerce sous la forme d'un monopole accordé par l'État. Toutefois, si le cœur des activités bancaires relève de ce monopole, le dynamisme économique des banques les a poussées à étendre leurs domaines d'interventions avec la bénédiction du législateur étatique et européen. Dès lors, les banques ne se bornent plus à proposer des opérations qui relèvent de leur monopole, mais couvrent de multiples services financiers. L'article L. 311-2 du Code monétaire et financier définit les opérations connexes aux opérations de banque que les établissements de crédit peuvent exercer à titre habituel. Ils peuvent ainsi effectuer toutes opérations relatives aux valeurs mobilières ou produits financiers et fournir conseil et assistance en matière de gestion de patrimoine et de gestion financière. Aux termes de l'article 2 du règlement 86-21 du Comité de la réglementation bancaire et financière, les banques peuvent également « exercer toute activité de mandataire, de courtier ou de commissionnaire » et « apporter des activités qui, tout en n'étant pas connexes à son activité, constituent le prolongement d'activités de banque ». La législation européenne n'opère d'ailleurs pas de distinction entre ces activités et les opérations de banque *stricto sensu* puisque l'annexe I de la directive du 20 mars 2000, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, fournissait une liste très variée des activités qui pouvaient être réalisées par les établissements de crédit, en y incluant notamment les transactions

européenne, proposition de Règlement européen, COM (2013) 52° final, 10 juillet 2013, A. Gourio et L. Thébault, « Une nouvelle étape vers l'Union bancaire européenne : après le MSU, le MRU », *RDBF*, septembre-octobre 2013, comm. n° 170.

12. Il convient de noter que ces prérogatives sont désormais exercées par la BCE pour les établissements les plus importants.

relatives aux instruments à terme ou aux valeurs mobilières¹³. Les opérations de banque semblent alors se noyer dans l'ensemble plus vaste des services financiers d'autant plus que ces activités, autrefois réservées à une clientèle aisée, se sont aujourd'hui démocratisées. Ainsi, la gestion collective de valeurs mobilières, la gestion de patrimoine ou les conseils en investissement sont désormais proposés à une très large clientèle, justifiant l'élaboration de règles spéciales destinée à protéger cette clientèle profane. Cette diversification de l'activité bancaire résulte en réalité de plusieurs facteurs. D'abord, certains de ces services ne sont que le prolongement d'activités traditionnelles. Ensuite, les grandes concentrations opérées dans le secteur bancaire et financier ont largement mis fin aux distinctions traditionnellement opérées entre banques d'affaires et banques de détails, les grands établissements offrant désormais ces services au plus grand nombre. Enfin, la désintermédiation bancaire, c'est-à-dire l'apparition de sources de financement en dehors des établissements de crédit, a indéniablement poussé les banques à diversifier leur offre de services. Toutefois, si les grands établissements de crédit proposent aujourd'hui tous types de services financiers ou d'assurance, ces différentes activités demeurent soumises à des réglementations qui leur sont propres.

9. Les opérations relevant du monopole bancaire – Au-delà de cette extension de l'activité bancaire, le cœur de l'activité des banques est défini par l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier. Celui-ci a été largement modifié par l'ordonnance du 27 juin 2013. Désormais, les opérations de banques comprennent « la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement ». Plutôt que d'une définition des opérations de banque, il s'agit en réalité d'une énumération limitative des opérations relevant du monopole bancaire dont il convient de préciser les contours. Ce monopole bancaire doit être distingué des monopoles ouverts à des établissements bénéficiant d'un agrément plus limité pour réaliser des opérations qui, historiquement, relevaient du monopole bancaire mais ont été progressivement ouvertes à d'autres acteurs : le monopole des services de paiement et le monopole des activités liées à la monnaie électronique.

La réception de fonds remboursables du public est définie par l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier : il s'agit des fonds qu'une personne recueille de tiers notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer. Le terme de dépôt ne

13. Ce texte a ensuite été regroupé avec d'autres dans la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et à son exercice, désormais remplacé par la directive 2013/36/UE dite CRD IV du 26 juin 2013 qui reprend les règles relatives à l'accès et à l'exercice de l'activité bancaire. Ce texte entre en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

renvoie pas directement au contrat de dépôt réglementé par le Code civil car cette définition serait trop restrictive : est ici visée toute remise de fonds à charge de restitution assortie de la liberté pour le dépositaire d'en disposer. Peu importe la nature juridique du contrat : il peut s'agir d'un prêt, d'un dépôt ou d'un mandat. La véritable caractéristique de l'opération est l'obligation de restituer les fonds. Ces fonds doivent provenir du public : échappent ainsi au monopole bancaire les comptes courants d'associés ou encore les dépôts de fonds faits par les salariés entre les mains de leur employeur¹⁴. Enfin, ce qui caractérise l'opération de réception de fonds remboursables du public, c'est la liberté du dépositaire de disposer des fonds pour son propre compte : les banques financent au moyen des dépôts de clientèle les crédits qu'elles distribuent.

Les opérations de crédit sont définies par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier : est une opération de crédit relevant du monopole bancaire¹⁵ tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne. C'est l'avance de fonds qui caractérise l'opération de crédit au sens de la loi. L'origine des fonds est sans incidence sur la qualification d'opération de banque. Ces crédits prennent des formes très variées : au-delà du classique contrat de prêt, sont des avances de fonds caractéristiques d'opérations de crédit au sens de ce texte : les découverts, les opérations de mobilisation de créance, l'ouverture de crédit... Une cession de créance quelle que soit la forme qu'elle emprunte n'est toutefois une opération de banque que si la créance cédée n'est pas échue. L'opération de crédit existe dès lors que des fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire contre remboursement, et ce quel que soit le mode de remboursement. La qualification d'opération de banque est enfin subordonnée au caractère onéreux de l'avance.

La dernière catégorie d'opérations, qui relevait traditionnellement du monopole bancaire mais qui échappe désormais largement à celui-ci¹⁶, est constituée par les services bancaires de paiement qui reposent sur l'utilisation des moyens de paiement¹⁷. Les moyens de paiement sont définis par l'article L. 311-3 comme tous les instruments, qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à une personne de transférer des fonds. La formule est volontairement souple pour couvrir toutes les techniques existantes, ou à venir, permettant de faire circuler la monnaie scripturale. La gestion de moyens de paiement inclut tout acte juridique ou matériel d'administration destiné à la conservation d'effets, à la sauvegarde et à l'exercice des droits qui y sont attachés. Ce texte s'applique

14. Voir *infra* n° 89.

15. Aux termes de l'article L. 511-1, alinéa 2, du Code monétaire et financier, les opérations de crédit peuvent aussi être proposées par les sociétés de financement dans les conditions fixées par leur agrément.

16. *Infra* n° 111 et s.

17. *Infra* n° 464. Sur la distinction complexe entre services bancaires de paiement et services de paiement, voir Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 10^e édition, 2013, n° 88.

aux virements, avis de prélèvement, transferts électroniques de fonds, cartes de crédit ou de paiement mais également aux chèques qui, en application de l'article L. 131-4 du Code monétaire et financier, ne peuvent être tirés que sur une banque ou un établissement assimilé.

SECTION 2 LES SOURCES DU DROIT BANCAIRE

10. Présentation – Les sources du droit bancaire ne diffèrent pas fondamentalement de celles des autres matières du droit privé. Toutefois, à l'image d'autres branches du droit commercial ou du droit économique, sa réglementation est en constante évolution¹⁸ et se caractérise par une grande instabilité, qu'il s'agisse des règles relatives à la surveillance des établissements de crédit ou de celles relatives aux opérations de banque. Il conviendra de présenter les sources internes (§ 1) et les sources européennes et internationales (§ 2) du droit bancaire.

§ 1 LES SOURCES INTERNES

Même si le droit bancaire fait l'objet d'une réglementation très foisonnante (A), les sources informelles occupent également une place fondamentale en la matière (B).

A. Une réglementation foisonnante

11. Les textes législatifs – Le texte fondamental a longtemps été la loi du 24 janvier 1984, dite loi bancaire, qui avec d'autres, et notamment la loi financière du 2 juillet 1996, ont été codifiées dans le Code monétaire et financier promulgué le 14 décembre 2000. De manière générale, ces textes définissent de manière minutieuse les statuts des principaux établissements de crédit et les règles qui leur sont applicables. En revanche, la réglementation des opérations de banque n'est que parcellaire et ne concerne pas toutes les opérations de banque. Il n'existe par exemple pas de texte visant à régir le fonctionnement du compte courant, opération pourtant au cœur de la relation bancaire.

18. S. Piedelièvre, « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », *Mélanges P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 441 et s.

Cette codification est fragile, et ce pour deux raisons : tout d'abord, elle est loin d'avoir cristallisé le droit bancaire qui a déjà fait l'objet depuis la promulgation du Code de très nombreuses modifications par la voie législative¹⁹ ou de textes adoptés par la voie d'ordonnances²⁰. Au-delà de ces modifications incessantes de la législation bancaire, le Code monétaire et financier présente un second inconvénient : celui de laisser croire à son exhaustivité alors que nombre de dispositions intéressant le droit bancaire se trouvent encore éparpillées entre le Code civil²¹, le Code de commerce²² et le Code de la consommation qui comprend l'essentiel des dispositions applicables aux contrats bancaires de consommation et dont le projet de loi Hamon relatif aux droits des consommateurs prévoit qu'il doit faire l'objet d'une refonte par voie d'ordonnance. La législation de la matière bancaire présente ainsi deux caractéristiques principales : une inflation législative particulièrement marquée et un éparpillement des textes que l'avènement du Code monétaire et financier n'a pas permis d'enrayer.

12. Les textes réglementaires et professionnels – Depuis la loi du 1^{er} août 2003, dite loi de sécurité financière, une part importante de la réglementation, autrefois dévolue à des autorités de régulation du secteur bancaire et financier relève désormais du ministère en charge de l'Économie. Les textes antérieurs adoptés notamment par le Comité de la réglementation bancaire n'ont pas pour autant été abrogés et jouent un rôle essentiel. Ainsi, le Règlement CRBF 97-02

19. Sans prétendre à l'exhaustivité, parmi les lois les plus importantes ayant concerné le droit bancaire, postérieures à l'adoption du Code monétaire et financier, on peut citer : la loi dite NRE du 15 mai 2001, la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001, la loi dite de sécurité financière du 1^{er} août 2003, la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005, la loi du 20 février 2007 portant diverses dispositions intéressant la Banque de France, la loi dite LME du 4 août 2008, la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière et enfin la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

20. Voir l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, déjà modifiée à deux reprises par la loi du 12 mai 2009 et par celle du 22 juillet 2009, l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance ou encore l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 qui réforme le statut d'établissement de crédit afin de se conformer au droit européen.

21. Le Code civil régit notamment le contrat de prêt ou les règles relatives aux intérêts. En outre et en l'absence de dispositions générales propres à la matière bancaire, les articles 1147 et 1382 du Code civil constituent les fondements essentiels de la responsabilité bancaire.

22. L'article L. 110-1 7° répute acte de commerce « toute opération de change, banque et courtage ». Ce même Code de commerce contient notamment les règles relatives aux effets de commerce.

fonde un grand nombre de sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des établissements de crédit. En outre, se sont développés en marge des textes réglementaires des chartes ou des codes de bonne conduite de la profession dont certains sont homologués par la voie d'arrêtés ministériels²³. Il convient encore de noter que certains engagements de la profession sont souscrits par voie de convention sous l'égide des pouvoirs publics entre la Fédération bancaire française et les associations de consommateurs ou au sein du Comité consultatif du secteur financier afin de préciser les relations contractuelles unissant les établissements de crédit et les particuliers. Enfin, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution adopte désormais régulièrement des recommandations²⁴ dont la portée normative demeure incertaine²⁵.

B. Le rôle fondamental des sources informelles

13. La jurisprudence – Au-delà de son rôle traditionnel d'application et d'interprétation, rendue souvent délicate par le foisonnement des textes, la jurisprudence présente en matière bancaire certaines particularités marquées. Tout d'abord, les juges doivent se prononcer sur la qualification, la validité ou le régime juridique de figures contractuelles qui ne sont pas ou peu réglementées par les textes. La plus célèbre et la plus importante de ces conventions qui échappe toujours à une réglementation textuelle est certainement la convention de compte courant. Ensuite, et s'appuyant sur le droit commun des contrats et notamment l'article 1147 du Code civil, la jurisprudence a précisé les différents devoirs du banquier et tout particulièrement le désormais bien connu devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, recherchant un difficile équilibre entre la protection des clients des banques et les intérêts de la profession bancaire dont une responsabilité trop lourde aurait pour conséquence de limiter l'accès au crédit ou à certains produits bancaires et de renchérir le coût de ces crédits. Enfin, il convient de souligner le rôle important joué par les décisions de sanction rendues par les autorités de contrôle, autrefois la Commission bancaire et aujourd'hui l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, qui contribuent à fixer de manière souvent très détaillée les contours des obligations imposées aux établissements de crédit tant dans leur fonctionnement interne que dans leurs relations avec la clientèle.

23. À titre d'exemple, on citera l'arrêt du 29 juillet 2009 relatif à la transparence tarifaire des opérations liées à la gestion des comptes de dépôts, ou encore l'arrêt du 26 décembre 2008 homologuant la charte d'accessibilité pour renforcer l'effectivité du droit au compte.

24. Les neuf recommandations adoptées par l'ACPR depuis sa création portent essentiellement sur les relations unissant les banques à leurs clients.

25. Th. Bonneau, « L'ACP, un législateur occulte ? », *RDBF*, janvier-février 2013, repère 1.

14. Les usages – Les usages jouent un rôle important en matière bancaire dans la mesure où une large part des techniques bancaires résulte de la pratique ²⁶ même si celles-ci sont par la suite souvent consacrées par des textes ²⁷. On peut ainsi citer la pratique des banques de retenir une année de 360 jours pour le calcul des intérêts. Si ces usages s'appliquent sans difficulté dans les relations interbancaires, ils ne sont opposables aux clients que dans la mesure où ces derniers en ont eu connaissance. La nécessité d'informer la clientèle sur l'existence de ces usages ou pratiques a conduit à les officialiser et à en fixer le contenu par deux voies. La première est celle des parères, délivrés par l'Association française des banques, qui permettent de prouver la teneur de l'usage bancaire ²⁸. La seconde consiste à contractualiser les usages afin d'en assurer l'application dans les relations avec la clientèle.

§ 2 LES SOURCES EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES

15. Présentation – L'activité bancaire a toujours été fortement internationalisée. Ce mouvement s'est considérablement accentué sous l'influence de la libéralisation des échanges et se traduit aussi bien par l'implantation des grands établissements bancaires à l'étranger que par la réalisation d'opérations qui s'étendent au-delà des frontières nationales. On comprend dans ces conditions que les autorités communautaires se soient très vite préoccupées de créer les conditions d'un marché bancaire européen (A) mais aussi que des normes de source internationale visent à rapprocher les règles applicables aux acteurs de la profession et à unifier le régime des opérations bancaires internationales (B).

A. L'eupéanisation du droit bancaire

16. De l'harmonisation à l'unification des règles relatives à la profession bancaire – La matière bancaire est assez tôt apparue comme un pilier essentiel de la réalisation du marché intérieur et un élément déterminant dans la mise en œuvre effective de la libre circulation des capitaux et des services. Le droit communautaire a d'abord essentiellement porté sur l'harmonisation des structures bancaires des différents États membres. Il concerne plus particulièrement le statut des établissements de crédit et la possibilité pour un établissement bancaire bénéficiant d'un agrément dans l'un des États membres

26. J.-L. Guillot, « Pratiques bancaires, sources du droit des affaires », *LPA*, 27 novembre 2003, n° 237, p. 14.

27. C'est le cas notamment de la pratique des dates de valeur, désormais encadrée par des textes, *infra* n° 393.

28. CA Rouen, 22 avril 1999, *JurisData* n° 105028, *JCP*, 2000.IV.2050.

de l'Union européenne de pouvoir exercer son activité sur l'ensemble du territoire européen. Deux directives particulièrement importantes ont réalisé cette harmonisation : les directives du 12 décembre 1977 et du 15 décembre 1989 dites de coordination bancaire. Ces textes ont ensuite été regroupés avec d'autres dans un texte unique, la directive du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, elle-même refondue par une directive du 14 juin 2006²⁹ puis remplacée par la directive 2013/36/UE du 26 juin 2013. Cette activité est essentielle car elle fixe tant les conditions d'accès et d'exercice de l'activité des établissements de crédit que les règles relatives aux libertés d'établissement et de prestation de service, les principes et les instruments de la politique prudentielle. Cette harmonisation a également eu pour objectif d'assurer la sécurité des clients des établissements de crédit de l'Union européenne par la création de systèmes de garanties des dépôts bancaires dont la dernière modification a été réalisée par une directive du 11 mars 2009 afin d'augmenter les plafonds d'indemnisation des déposants et de diminuer les délais d'indemnisation en cas de faillite d'un établissement de crédit. Enfin, le contrôle des opérations de blanchiment a fait l'objet de trois directives successives dont la dernière a été transposée par une ordonnance du 30 janvier 2009³⁰.

La succession des crises depuis 2008, et plus particulièrement la crise de l'euro ont conduit les autorités européennes à réformer les règles de supervision et les règles de fonctionnement des établissements de crédit. Il ne s'agit plus seulement d'harmoniser les conditions d'accès et d'exercice de l'activité bancaire mais de parvenir à une véritable unification du statut des établissements de crédit au sein de l'Union européenne, par voie de règlements ou de directives d'harmonisation maximale³¹, et à une surveillance unique des plus importants établissements européens³².

29. Directive 2006/48/CE du Parlement et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOUE*, 30 juin 2006, L. 177.

30. M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme*, RB Édition, 2010 ; H. Robert, « Les établissements de crédit et le nouveau cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », *RDBF*, mars 2010, étude 6 ; Ch. Cutajar, « La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme », *RDBF*, mai 2009, dossier 14.

31. C'est par exemple le cas du « paquet CRD IV » composé d'un règlement CRR, règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 et de la directive 2013/36/UE qui reprend les règles relatives à l'accès à l'activité bancaire et à l'exercice de l'activité bancaire qui figuraient auparavant dans la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 qu'elle abroge.

32. Voir notamment le Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) modifié par le Règlement UE n° 1022/2013 du 22 octobre 2013 ou le processus visant à adopter le Mécanisme de surveillance unique et l'Union bancaire, Th. Bonneau, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP G* 2012, 1645, mécanisme mis en place par le Règlement UE n° 1024/2013 du 15 octobre 2013.

17. L'harmonisation des règles relatives aux opérations bancaires –

Parallèlement, l'Union européenne s'est progressivement engagée dans une harmonisation de la réglementation des opérations bancaires elles-mêmes. Deux domaines ont fait l'objet d'importants textes d'harmonisation. L'Union européenne s'est efforcée, notamment depuis l'avènement de la monnaie unique, de faciliter les paiements transfrontières. La dernière réforme d'importance en la matière est celle résultant de la directive du 24 avril 2007 qui a pour ambition de permettre la réalisation de l'Europe des paiements : ce texte vise à l'harmonisation totale des droits nationaux en la matière. Elle a été transposée en droit français par une ordonnance du 15 juillet 2009³³. Les autres textes d'harmonisation concernent essentiellement le droit bancaire de la consommation par l'harmonisation des règles relatives aux services financiers à distance³⁴, ou aux crédits à la consommation³⁵. Toutefois, d'autres textes visant à protéger le consommateur bénéficient d'importantes applications en matière bancaire. On peut par exemple citer les dispositions relatives aux clauses abusives, les règles relatives au commerce électronique ou encore la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, en voie de transposition³⁶. L'influence du droit européen sur le régime des opérations de banque résulte aussi de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. À cet égard, on peut évoquer l'affaire particulièrement emblématique de la *Caixabank*, banque espagnole ayant voulu s'implanter sur le marché bancaire français en proposant des comptes à vue rémunérés, pratique qui était à l'époque interdite en droit français. Contestant cette prohibition, la *Caixabank* faisait valoir que l'interdiction faite aux établissements bancaires de rémunérer les comptes à vue des résidents était contraire aux dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement. La Cour de Justice, dans un arrêt du 5 octobre 2004³⁷, a effectivement estimé que « l'article 43 du Traité CE s'oppose à la réglementation d'un État membre

33. N. Mathey, « La réforme des services de paiement », *RDBF*, janvier 2010, étude 1. Un communiqué de la Commission européenne du 24 juillet 2013 a indiqué qu'une nouvelle directive sur les services de paiement est actuellement en préparation afin notamment d'améliorer la protection des consommateurs, IP/13/730.

34. Directive sur les services financiers à distance du 23 septembre 2002, transposée par une ordonnance du 6 juin 2005.

35. Directive du 23 avril 2008 transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. Une proposition de directive relative aux contrats de crédit portant sur des biens immobiliers a également été élaborée et présentée le 31 mars 2011, COM (2011) 142 final.

36. Voir G. Raymond, « Directive consommateurs n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 », *CCC*, février 2012, étude 3.

37. CJCE 5 octobre 2004, *RTD com.* 2004.792, obs. Legeais, *D.* 2005.370, note A. Boujeka ; S. Piedelièvre, « Feu vert de la CJCE pour les comptes rémunérés », *D.* 2004.2770 ; J. Stoufflet, La fin de l'interdiction de la rémunération à vue ? L'arrêt de la CJCE du 5 octobre 2004, *RDBF*, novembre-décembre 2004.437.

qui interdit à un établissement de crédit, filiale d'une société d'un autre État membre, de rémunérer les comptes à vue libellés en euros ». Prenant acte de cette condamnation, les autorités françaises ont mis fin à cette prohibition par un arrêté ministériel du 8 mars 2005.

B. L'internationalisation du droit bancaire

18. Caractéristiques des sources internationales du droit bancaire – Les banques ont toujours été des intermédiaires indispensables à la réalisation des opérations du commerce international, pour les financer, garantir ou assurer leur exécution entre des partenaires commerciaux souvent éloignés géographiquement. Les sources internationales du droit bancaire visent à poser des standards relatifs à la profession bancaire dans un contexte d'internationalisation du système bancaire, mais aussi à réglementer les opérations internationales de banques. En pratique, la réglementation de certaines opérations bancaires réalisées dans un contexte international a d'ailleurs précédé les tentatives de rapprochement des législations relatives aux établissements de crédit eux-mêmes³⁸.

19. Le droit uniforme des opérations de banque – On trouve parmi les sources internationales des instruments de nature très diverses visant à fixer le régime juridique de certaines techniques bancaires utilisées dans un cadre international. Certaines conventions internationales ont unifié en tout ou en partie le droit applicable à certaines opérations de banque³⁹. Cette forme d'unification demeure toutefois limitée⁴⁰. C'est essentiellement sous l'égide de la Chambre de commerce internationale, qui a élaboré des règles uniformes propres aux principales opérations de banque utilisées dans un contexte international, que la vigueur des sources internationales du droit bancaire peut être soulignée⁴¹. Les plus connues d'entre elles sont sans aucun doute les règles et usances relatives au crédit documentaire. Même si leur force obligatoire peut être discutée, ces normes bénéficient d'une place tout à fait importante au sein des sources du droit bancaire international. Certaines institutions ou entreprises purement privées

38. S. Piedelièvre, « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », *Mélanges P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 441 et s.

39. Les premières conventions concernant la matière bancaire sont 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. Plus récemment, deux conventions élaborées sous l'égide d'Unidroit et relatives au crédit-bail international et à l'affacturage international ont été ratifiées par la France, *infra* n°s 277 et s.

40. J. Morel-Maroger, *Les opérations de banque en droit international privé*, Thèse, Paris 1, 2003, n°s 628 et s.

41. J. Stoufflet, « L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire », *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 361

sont également à l'origine de l'unification de règles destinées à assurer la rapidité et la sécurité des paiements transfrontières ⁴².

20. La régulation de l'environnement institutionnel ⁴³ – C'est essentiellement à travers les recommandations adoptées par le Comité de Bâle, créé en 1974 par les Gouverneurs des Banques centrales des pays du G10, que sont harmonisées les règles relatives à l'exercice de l'activité bancaire. Le comité de Bâle, qui comporte aujourd'hui 27 membres, a adopté le 12 septembre 2010 les normes dites « Bâle III », fixant de nouveaux ratios de solvabilité nettement plus drastiques pour les établissements de crédit qui entreront progressivement en vigueur. Une surveillance plus étroite des risques financiers a également été mise en place dans le cadre du G20 par la création du Conseil de stabilité financière au mois d'avril 2009. Toutefois, il ne s'agit que de recommandations ou de codes de bonne conduite sans caractère contraignant, même si leur influence est en pratique importante.

42. *Infra* n° 286.

43. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2012, n° 15 et s.