

RÉFLEXIONS SUR LA PORTÉE DU MONOPOLE BANCAIRE

À propos de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
du 8 juillet 2015 (n° 13-88.557)



WADIE SANBAR
Avocat à la Cour
Counsel
Kramer Levin
Naftalis & Frankel
LLP

Dans son arrêt du 8 juillet 2015, la Cour de cassation sanctionne des personnes physiques pour exercice illégal de la profession de banquier dans le cadre d'une opération internationale de mouvements de fonds. C'est l'occasion pour elle de renouveler la réflexion sur la portée territoriale du monopole bancaire en interrogeant de nouveaux critères de localisation, et de laisser entendre que des services bancaires, voire d'investissement ou de paiement, pourraient être offerts et réalisés en France par des banques étrangères non agréées.

Les arrêts de la Cour de cassation portant sur la violation du monopole bancaire sont suffisamment rares pour être remarquables, d'autant plus quand ils contribuent à alimenter la réflexion sur sa portée.

C'est à l'occasion d'une affaire complexe de fraude mettant en jeu des mouvements de fonds internationaux que la Haute juridiction a eu à se prononcer : un particulier franco-suisse, qui souhaitait effectuer des placements plus rémunérateurs à l'étranger, a été mis en contact par le directeur d'agence d'une banque française avec un comparse, également français, se présentant comme exerçant une activité de « placements financiers à l'étranger ». Il faut préciser à ce stade que ce contact a eu lieu dans les locaux professionnels de ce dernier, sur le territoire français.

Pour mettre en place son schéma frauduleux, celui qui se présentait comme un intermédiaire en placements a fait signer à sa victime une convention de rémunération de compte courant auprès d'une société luxembourgeoise « susceptible d'avoir été constituée aux Îles vierges » sous son contrôle, compte courant dont il était également co-titulaire et qui allait servir

de support à de prétendues opérations de placements financiers futures. À la suite de cette signature, le client franco-suisse a transféré des fonds nécessaires aux placements depuis son compte bancaire ouvert auprès d'une banque suisse vers le compte tenu (au Luxembourg) par la société luxembourgeoise, les fonds ayant transité par un compte situé au Royaume-Uni dont le titulaire était le banquier présentateur. Un crédit s'est greffé à l'opération, consenti par une banque luxembourgeoise à la société luxembourgeoise, sur garantie de la banque suisse de la victime.

Au lieu de placer les fonds au profit de son client, l'intermédiaire, usant de sa co-titularité sur le compte, les détourna aux fins de ses dépenses personnelles (notamment au profit de proches établis en France ainsi que du banquier présentateur) ou de cavalerie. La victime n'aura perçu en définitive, au titre de ses placements, qu'une seule et unique rémunération de 15 000 euros. C'est à la suite de la mise en jeu de la garantie que le client a été conduit à déposer une plainte en France contre l'intermédiaire et le banquier présentateur.

Le Tribunal correctionnel et la cour d'appel de Bordeaux ont sanctionné ces derniers, respectivement en qualité d'auteur et de complice, pour abus de confiance¹ mais surtout pour violation du monopole bancaire français, encore qualifiée d'exercice illégal de la profession de banquier, au motif que « tous les éléments préalables et accords amenant [le client] au transfert ont eu lieu à Bordeaux et que cet argent a été détourné notamment au profit de sociétés et activités en France, alors que les [...] personnes de nationalité française concernées habitaient à Bordeaux »².

Le banquier présentateur a alors formé un pourvoi en cassation et avancé que le délit d'exercice illégal de la profession de banquier ne pouvait lui être reproché compte tenu

1. La qualification d'abus de confiance, dont il ne sera plus question ci-après, est retenue dès lors que l'intermédiaire « n'a pas employé tous les fonds remis à leur usage déterminé, et a été dans l'incapacité de les restituer » (Tribunal correctionnel de Bordeaux, 4^e ch., 17 septembre 2012, n° 07000071786).

2. CA Bordeaux, 3^e ch. corr., 26 novembre 2013, n° 12/01775.

non seulement de la prescription de l'action publique en la matière, mais aussi de la règle de la territorialité du monopole bancaire qui interdit de poursuivre une personne pour des opérations s'étant intégralement déroulées à l'étranger. Dans son arrêt de rejet du 8 juillet 2015³, la chambre criminelle déclare irrecevable la question de la prescription comme mélangée de fait et de droit⁴ et, s'agissant de la territorialité, considère que la cour d'appel a justifié sa décision dès lors que « d'une part, les opérations de banque ont été, au moins en partie, réalisées en France, [et que] d'autre part, le [banquier présentateur] a sciemment, en qualité d'intermédiaire, permis à [l'auteur], non habilité à procéder de telles opérations, d'obtenir la remise, aux fins de placement financier, de fonds appartenant à [la victime], puis de les détourner ».

L'arrêt présente un double intérêt : intérêt sur le plan de la qualification juridique, d'une part, puisqu'il contribue à circonscrire la portée territoriale du monopole bancaire (I.) ; intérêt sur le plan dogmatique, d'autre part, car en punissant des personnes physiques, il s'inscrit dans la continuité de la théorie doctrinale de la « capacité bancaire », laquelle justifie l'activité des banques étrangères non agréées en France (II.).

I. UNE DÉCISION EXPLICITEMENT FONDÉE SUR LA TERRITORIALITÉ DU MONOPOLE

Le monopole bancaire français réserve la réalisation, à titre habituel, des « opérations de banque »⁵ aux seuls prestataires de services bancaires⁶ français⁷ et européens⁸. Ces opérations sont au nombre de trois : il s'agit de la « réception de fonds remboursables du public », des « opérations de crédit » et des « services bancaires de paiement ». C'est la première d'entre elles qui est au centre du litige porté devant la Cour de cassation⁹. Celle-ci requiert la réunion de plusieurs éléments : une remise de monnaie par un tiers, peu importe que celle-ci soit reçue en vertu d'une convention de compte courant, la possibilité pour le banquier d'en disposer comme il l'entend et l'obligation pour celui-ci de la restituer¹⁰. En l'espèce, l'ouverture du compte auprès de la société luxembourgeoise était donc bien qualifiable d'opération de banque.

Afin qu'une telle opération tombe sous le coup du monopole bancaire, encore faut-il, compte tenu de la territorialité de la réglementation en la matière, qu'elle soit localisée sur le territoire français. De ce point de vue, l'arrêt du 8 juillet 2015 fait une application conforme à la jurisprudence établie, en s'attachant au critère du lieu de conclusion de l'opération. Mais la mention dans les décisions de critères « secondaires » de rattachement jette un trouble sur cette lecture somme toute classique.

1. Le rattachement par le critère primaire de la formation du contrat

Le monopole bancaire présente un caractère territorial, ce qui signifie qu'il couvre exclusivement les activités bancaires réalisées en tout ou partie en France. La violation de ce monopole étant pénalement sanctionnée¹¹, cette règle de la territorialité est la conséquence directe de l'alinéa 2 de l'article 113-2 du Code pénal, qui répute commise sur le territoire français toute infraction, dès lors que l'un de ses « faits constitutifs » a eu lieu sur ce territoire. Corrélativement, ce monopole ne produit pas d'effet extraterritorial, ce qui a une conséquence importante pour les banques étrangères, c'est-à-dire celles qui ne relèvent pas d'un État membre de l'Union européenne (ou partie à l'accord sur l'EEE) ainsi que les banques européennes non passeportées : celles-ci peuvent conclure à l'étranger de telles opérations avec une clientèle établie en France¹², dès lors qu'en amont cette clientèle n'a pas fait l'objet sur le territoire français d'un démarchage en violation des articles L. 341-1 et suivants du CMF.

La question de la localisation précise des activités bancaires et financières internationales est donc centrale. La jurisprudence a ainsi identifié deux critères « primaires » qui permettent à eux seuls et indépendamment de tout autre élément de rattacher de telles activités à la France : celui de la formation de l'opération conclue par le prestataire étranger et celui de son exécution. La localisation de l'un ou l'autre de ces deux éléments en France est suffisante pour situer l'activité d'un établissement non agréé sur le territoire français en violation du monopole¹³. La réception de fonds remboursables du public sera ainsi réputée être intervenue sur le territoire français dès lors que la convention y afférente (en l'occurrence, la convention d'ouverture de compte) y a été signée, ou que les fonds y ont été reçus¹⁴.

Afin de se dégager de sa responsabilité, l'auteur de pourvoi s'appuie sur le critère de l'exécution pour arguer de l'absence de violation du monopole. Selon lui, « l'argent avait été adressé depuis un compte en Suisse sur un compte de transit dans une banque anglaise à destination de la société [luxembourgeoise] basée aux Îles vierges et détentrice d'un compte au Luxembourg » et il n'apparaît pas « que les conventions individuelles de rémunération de comptes courants et le versement des rémunérations aient eu lieu en France ». Cette argumentation, juridiquement exacte, est pourtant rejetée puisque, pour reprendre les termes de la cour d'appel, les « accords amenant [le client] au transfert ont eu lieu » sur le territoire français, ce qui signifie que la convention d'ouverture du compte courant a bien été conclue sur le territoire français, de sorte que le critère de la formation est bien localisé en France. Autrement dit, en l'espèce, l'un des deux critères « primaires » de localisation permettait de rattacher l'opération au territoire français. La sanction s'explique donc au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation. Néanmoins, elle reste sujette à discussion, le recours au critère de la conclusion du contrat afin de locali-

3. Sur cet arrêt, voir également J. Morel-Maroger, *Gaz. Pal.*, 2015, n° 314, p. 33.

4. Ce qui explique que cette question ne sera plus abordée par la suite.

5. Ces opérations sont définies à l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier (CMF).

6. Cette notion, employée par le Titre I du Livre V du CMF, se réfère aux « établissements de crédit » et aux « sociétés de financement ».

7. Art. L. 511-5 du CMF.

8. Art. L. 511-21 et s. du CMF.

9. Art. L. 312-2 du CMF.

10. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, LGD, 11^e édition 2015, p. 52 et s.

11. Art. L. 571-3 du CMF.

12. Wadie Sanbar et Hugues Bouchetembre, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières*, RB Édition, 2013, n° 146 à 148.

13. W. Sanbar et H. Bouchetembre, *op. cit.*, n° 156 et s.

14. Cass. crim. 22 sept. 2010, n° 09-85.665, RDBF 2011, mai-juin 2011, comm.79, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.